



Elisabete Fernandes Batista

A Responsabilidade Especial da Empresa em abuso de posição dominante por exclusão.

Tese com vista à obtenção do grau de

Mestre em Ciências Jurídicas Forenses

Tese realizada sob orientação do Exmo. Sr. Prof. Doutor Nuno Cunha Rodrigues, Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Lisboa, 29 de Abril de 2016



Elisabete Fernandes Batista

A Responsabilidade Especial da Empresa em abuso de posição dominante por exclusão.

Tese com vista à obtenção do grau de

Mestre em Ciências Jurídicas Forenses

Tese realizada sob orientação do Exmo. Sr. Prof. Doutor Nuno Cunha Rodrigues, Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Lisboa, 29 de Abril de 2016

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas, segundo o disposto nos artigos 20.º A do Regulamento do 2º ciclo e 8.º do Regulamento do 3º ciclo. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta de ética e disciplina.

29 de Abril de 2016

Declaração do número de caracteres

Declaro sob minha honra que após a realização deste trabalho de investigação, a contagem dos caracteres traduz-se em:

Total de caracteres da Tese: 114 284

Total de caracteres do Corpo da Tese: 98 135

Total de caracteres do Resumo da Tese: 2 574

29 de Abril de 2016

Ao meu Pai, Albino.

À minha Mãe, Maria.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

Theodore Roosevelt

Agradecimentos

Agradecer não é uma tarefa fácil, não pelo acto em si mesmo, mas pelo receio de não fazer justiça a quem esteve presente e inspirou esta caminhada, que teve início em 2015.

Claro está que os mais próximos são citados, mas ao longo deste percurso, foram tantas as pessoas que deixaram uma palavra de incentivo, motivação e força, que não me permitem esquecê-las, ainda que não sejam mencionadas explicitamente.

À minha família, aquela que confiou na minha ambição académica, nomeadamente ao meu Pai Albino e à minha Mãe Maria, que me encorajaram a continuar, mesmo quando tudo parecia tão difícil - que na realidade foi. Obrigada pelos valores incutidos, como a disciplina, dedicação, empenho, persistência que foram usados mais que nunca nesta etapa. À minha irmã Fátima, sem a qual, não teria tido condições financeiras, para dar início ao 2º Ciclo, neste Mestrado. Ao meu Irmão Albino e cunhada Nélia, que sempre tiveram uma palavra de encorajamento. Aos meus quatro sobrinhos, Daniel, Mariana, Martim e Leonor, pelos sorrisos e mimos tantas vezes necessários. De um modo geral, ainda que impossibilitados pela distância geográfica, estiveram todos presentes. Perto, ainda que longe, nunca me permitiram desistir.

Aos meus amigos, nomeadamente, a ti, Ana. Pela amizade, pelo companheirismo, lealdade e partilha. A ti, Suzana pela amizade de uma vida e ensinamentos transmitidos de quem já tinha experienciado esta fase académica. A ti, Ingrid, por partilhares vezes sem conta o mesmo espaço de estudo, construímos um método infalível de motivação. Às três no fundo, por terem conduzido o meu olhar a bom porto, com críticas e comentários úteis a esta singela obra de investigação. Ao Tiago, Diogo, Fábio, Sara, Cristina, Joana, Inês, Soraia, Daniela, Marina, Diniz, António, André, Manel, Micaela, Milene, Tiago entre outros amigos que enviaram vezes sem conta oxigénio para esta jornada.

Ao meu osteopata Sílvia Silva e à minha Fisioterapeuta Nélia Paulino que me acompanharam durante o processo de recuperação de duas lesões contraídas no começo deste projecto, não me permitindo fraquejar em momento algum, Obrigada.

Ao meu orientador, Exmo. Sr. Prof. Doutor Nuno Cunha Rodrigues, cuja disponibilidade e espírito crítico foram sempre uma constante. Grata pelo seu contributo, sobretudo pelas preciosas e certeiras orientações e directivas de cariz formal e científico.

Aos mais diversos professores da minha Faculdade master, Faculdade de Direito de Lisboa, que me incentivaram a abrir horizontes e procurar uma nova experiência, nesta que foi a faculdade escolhida por mim, para a feitura do Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Ao excelentíssimo Presidente da República Portuguesa, outrora meu digníssimo e inolvidável, Sr. Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa. Grata pelas diversas passagens nos corredores da FDL em que me incentivou e aguçou o espírito de procura por mais e melhor em tudo quanto me propus fazer.

Ao amor da minha vida, à música. Por me ter acompanhado desde que nasci até hoje. Por ser o soro necessário em tantos dias difíceis ao longo desta fase.

Foi uma aprendizagem. É sempre. Todo e qualquer projecto acrescenta-nos algo e faz-nos acrescentar também. Espero ter contribuído com a minha visão, para uma abertura das mentalidades na Sociedade, de que o Direito da Concorrência tem um lugar de destaque no Normativo Português.

Um bem Haja a todos!

Lista de abreviaturas

As citações serão efectuadas de forma completa na primeira vez e as subsequentes de forma abreviada.

Por ordem alfabética, temos as seguintes siglas e abreviaturas:

AdC	Autoridade da Concorrência
Art.º/ Art.º(s)	Artigo/ Artigos
CdUE	Comissão da União Europeia
CE	Comunidade Europeia
CS	Commercial Solvents
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto de Lei
EAdC	Estatutos da Autoridade da Concorrência
LcD	Lei da Concorrência
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TR	Tratado de Roma
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
UE	União Europeia

Resumo

A complexidade dos fenómenos jurídico-concorrenciais assistidos na última década - mormente após a entrada em vigor da Lei n.º19/2012, de 8 de Maio - impôs uma nova reflexão e por conseguinte reorganização do normativo legal aplicável à violação das regras concorrenciais. Assim, a presente tese tem por objecto a análise do abuso da posição dominante e todas as implicações possíveis nas empresas, consumidores e no mercado concorrencial.

O ponto de partida incide sobre as linhas de orientação da concorrência, bem assim da origem da protecção legal e efectiva do abuso.

Serão também abordados, ao detalhe, o mercado relevante, da mesma maneira que as ineficiências e os tipos de posição dominante existentes, sendo que, em apreço colhe o abuso por exclusão.

É reservada igualmente, atenção ao estudo da Responsabilidade especial da empresa, bem como das nuances do Direito Americano vs o Direito Europeu.

A Recusa de Venda no seu caso *sui generis*, Caso Solvents tem o seu devido destaque.

A análise Casuística recai sobre o caso Google, por considerar que materializa a realidade da Concorrência na Europa, sendo constituída como uma das mais relevantes decisões da AdC.

Palavras-chave: Abuso de posição dominante por exclusão; Mercado Relevante; Concorrência; Responsabilidade Especial; Google.

Abstract

During the last decade very complex legal and competition-related events have taken place, mainly after DL N° 19/2012, 8 of May came into force. These events led to a new reflection and, consequently, to a reorganization of the legislation applied to the violation of competition rules. Hence, the principal object of this thesis is to analyze the abuse of a dominant position and all the potential implications it may have for companies, consumers and the competitive market.

The starting point focusses on the guidelines of competition, as well as on the origin of legal and effective protection of abuse.

Similarly, relevant markets, inefficiencies and kinds of dominant positions are addressed in detail, particularly focusing on exclusionary abuse.

Furthermore, particular responsibility of companies will be analyzed, as well as the dualism between American and European Law. Refusal to sell is studied in depth with the Solvents case, which is unique among its kind.

The case-by-case analysis was based on the Google case, since it captures the reality of competition in Europe, which is object of one of the most relevant decisions of the AdC.

Keywords: *Exclusionary Abuse of Dominant Position; relevant market; competition; particular responsibility; Google.*

Introdução

Actualmente, a livre concorrência é um pressuposto para o bem-estar dos consumidores, do mercado, bem assim da economia. O funcionamento do mercado, a livre circulação de bens e serviços e a competitividade dos preços exigem essa liberdade concorrencial, pois só assim temos uma concorrência pura e leal.

Podemos afirmar que existe uma premissa, na qual as normas de protecção da concorrência instituem instrumentos autênticos de política económica estatal, e nessa medida, serão estudados nesta dissertação.

O intuito principal com o estudo deste tema é fornecer, a um leitor atento, uma panorâmica geral do Direito da Concorrência em vigor na União Europeia, nomeadamente, do abuso da posição dominante.

O tratamento desta matéria pressupõe simultaneamente, o estudo do binómio legislação/análise casuística, de maneira que, a livre concorrência não tenha um papel secundário.

A estrutura desta dissertação encontra-se segmentada em IV Capítulos. Temos um prelude basilar - Capítulo I - no qual será analisado o Regime da Concorrência, enquanto mecanismo de combate às falhas e erros do passado, bem como a origem do conceito Posição Dominante. Já no capítulo II, será abordado detalhadamente, o abuso da posição dominante por exclusão enquanto prática anticoncorrencial, bem como a origem e relevância do Mercado Relevante na conjuntura económica. De seguida, no Capítulo III, terá lugar o estudo da Responsabilidade especial da empresa em caso de abuso, onde haverá espaço para debater um caso de Recusa de Venda, uma vez que esta constitui uma das formas mais interessantes na interpretação do abuso da posição dominante. Por fim, não menos importante, faremos uma análise casuística no Capítulo IV, incidindo a escolha sobre o caso Google. Considerado um dos maiores casos na história da Comissão da União Europeia, do qual ainda não existe

um desenlace previsto, são muitos os factos aliciantes e as críticas provenientes um pouco de toda a Europa, que contribuíram para esta eleição e análise.

Destarte, o objectivo desta tese é apresentar as mudanças configuradas pelo DL n.º 19/2012, de 8 de Maio no sistema legal Concorrencial Português. A finalidade primordial é criar uma linha transversal que abarque o crescimento e desenvolvimento da realidade em apreço, o abuso da posição dominante.

Temos a consciência que será uma reflexão sobre a necessidade de promover um sistema jurídico equitativo e eficaz na defesa da livre concorrência de mercado, de modo a proteger os interesses dos consumidores, do mercado relevante e da distribuição dos recursos.

Capítulo I

Análise do novo regime da concorrência, como novo mecanismo de combate às falhas e erros do passado.

1.1. Normativo Português

1.1.1. A Autoridade da Concorrência

Cabe em primeira Instância, apresentar a Autoridade da Concorrência (AdC) e tudo quanto a rodeia e caracteriza. A AdC é uma pessoa colectiva de direito público, instaurada pelo Decreto-Lei (DL) n.º 10/2003, de 18 de Janeiro de 2003. Esta assume, enquanto entidade Portuguesa, a responsabilidade pela garantia da aplicação da política de concorrência, bem como de todos os valores consagrados pelo Estado de Direito Democrático, como aliás se pode constatar na alínea f) do artigo (art.º) 81.º da Constituição da Republica Portuguesa (CRP).¹

Constitucionalmente, é dever do Estado, combater toda e qualquer prática que possa restringir o normal funcionamento dos mercados e que por essa razão se reflectam, directa ou indirectamente no consumidor – muitas das vezes o protagonista prejudicado. Neste sentido e para este propósito, o Estado conta com a colaboração da AdC, que o auxilia a traçar as políticas e estratégias, de modo a que o mercado funcione eficazmente. Quer com isto dizer, que a AdC pode, aliás deve, sugerir medidas políticas e legislativas.

No art.º 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (EAdC), encontram-se previstas as atribuições da mesma. Com especial relevo,

¹ Artigo 14.º da Lei 18/2003 – " O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela autoridade da concorrência (...) e " artigo 1.º dos Estatutos da AdC – "A Autoridade tem por missão assegurar a aplicação das regras da concorrência em Portugal."

para o exercício dos seus poderes, apresentados sob forma tripartida: Sancionatórios, Supervisão e Regulamentação², para os quais a AdC conta com algumas funções. Destacam-se, a aprovação ou proposta de aprovação de regulamentos, inquéritos e inspecções em matéria de Concorrência, como também de identificação e investigação das práticas cuja probabilidade de suceder, ou seja, de infringir a legislação de concorrência Nacional e Comunitária, seja maior. A verificar-se alguma das situações mencionadas supra, procede-se à instrução, bem como à aplicação de uma sanção se assim o caso pedir.

Na CRP, encontramos duas previsões legais de relevo para o efeito. São elas, os art.º(s) 80.º e 81.º respectivamente. Mediante o Direito Alemão, esta consagração constitucional, apresenta-se tardiamente. Nesta sequência, surge o primeiro regime jurídico de protecção e defesa da Concorrência através do DL n.º 422/83 de 3 de Dezembro, substituído à posteriori pelo DL n.º 370/93 e pelo DL n.º 371/93³, ambos de 29 de Outubro. Isto porque o primeiro DL⁴, não é passível de se aplicar de forma transparente.

Por partes, enquanto que o Decreto-Lei n.º 370/93, se mantém em vigor, ainda que com menos relevância do ponto de vista da utilização; o Decreto-Lei n.º 37, dispõe de uma semelhança face aos actuais art.º(s) 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), correspondentes aos antigos art.º(s) 85.º e 86.º, ambos do Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

Com a remodelação no enquadramento normativo da concorrência Europeia, o legislador Nacional, também ele, considerou a necessidade de alterar a conjuntura Portuguesa. Nesse sentido, aprovou o Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro, que instaurou a Autoridade da Concorrência e

² Artigo 7.º dos Estatutos da AdC.

³ DR I Série - A, de 29 de Outubro de 1993.

⁴ Decreto - Lei n.º 422/83 de 3 de Dezembro.

a lei n.º 19/2012, a Lei da Concorrência (LdC), consagrando o novo e actual Regime em vigor de promoção e defesa da concorrência, revogando assim as antecedentes leis n.º(s) 18/2003, de 11 de Junho e 39/2006, de 25 de Agosto, sendo que estas duas constituem o quadro jurídico Português da Concorrência.

1.1.2. Panorama legal Português

No que concerne ao âmbito do abuso da posição dominante, o novo regime da concorrência consagrou alguns ilícitos.

A Lei n.º 18/2003, no seu artigo 6.º n.º 2 consagrava:

"Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que atua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;

b) Duas ou mais empresas que atuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros."

Denota-se ainda que o novo regime preceituou no seu art.º 11.º, uma proibição, a do uso abusivo dessa posição dominante. Assistimos assim a uma sintonia entre este artigo e o art.º 102.º do TFUE, visto que o requisito de que o abuso tivesse como objecto falsear, impedir e limitar a concorrência⁵ foi eliminado. A pergunta que se impõe é, como se detecta uma situação de abuso? O primeiro passo é determinar se a empresa em causa detém uma posição dominante no mercado. E, a propósito desta

⁵ Cfr. art.º 11.º da Lei 19/2012; "É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou uma parte substancial deste."

norma, Miguel Moura e Silva⁶, reafirma "(...) não implica que apenas sejam proibidos comportamentos que tenham por efeito abusar da posição dominante ". Por seu turno, o abuso da posição em si traduz-se na utilização ilícita do poder detido por uma empresa.

Uma das situações mais comuns é, uma empresa praticar uma série de comportamentos, que podem levar a concluir que esta possa ou não influenciar as suas concorrentes no mercado. Isto provoca um desfasamento, ou seja, impedindo uma concorrência efectiva, como por exemplo, a capacidade para a fixação de preços, quer sejam baixos ou altos, assim como a forma de relacionamento com os outros agentes de mercado⁷ e a capacidade de fixação de condições de distribuição dos seus produtos.

Sob um olhar atento à nova redacção do art.º 11.º n.º 2 verifica-se uma tipificação dos exemplos de abuso de posição dominante, são estas:

"a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contractos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contractos;

⁶ Silva, Miguel Moura e, As práticas restritivas da concorrência na lei n.º 19/2012 - novos desenvolvimentos, pág. 4

⁷ Recusa de tratar com clientes ou a oferta de descontos especiais a clientes que comprem toda ou a maior parte dos seus fornecimentos a uma empresa em posição dominante.

e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.”

Neste sentido, Miguel Moura e Silva⁸ reitera que, estas alterações pretendem "abranger condutas abusivas de empresas em posição dominante que não afectem a estrutura concorrencial."

Os exemplos, dados até à data, estabelecem uma conformidade entre a Lei da Concorrência e o artigo 102.º do TFUE, à excepção da alínea e)⁹, mantendo-se a tipificação da recusa de acesso a redes e infra-estruturas essenciais.¹⁰

1.1.3. Quais as Sanções admissíveis?

Em primeira instância, surge uma adversidade decorrente da possibilidade de uma conduta violar simultaneamente o artigo 102.º do TFUE e o art.º 11.º da Lei n.º 19/2012. Ora, o art.º 68.º n.º 1, alínea b) desta lei, sanciona concomitantemente - enquanto ilícito contra-ordenacional - o art.º do TFUE. Torna-se necessária uma análise dos factos, por forma a averiguar a rácio do concurso no caso concreto, uma vez que cada caso é um caso. Assim, e citando Miguel Moura e Silva, sublinho que: " (...) por

⁸ Silva, Miguel Moura e, As práticas restritivas da concorrência na lei n.º 19/2012 - novos desenvolvimentos, pág. 4

⁹ Portugal Telecom, sentença do Tribunal do comércio de Lisboa, 2º juízo, de 2 de Março de 2010, proc. 1065/07.0TYLSB.

¹⁰ Disposição que se limita a traduzir o §19 (4) 4 da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, introduzida pela sexta Novelle em 1998.

força do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003¹¹, seja pelo princípio da autonomia processual e institucional dos Estados-membros e respectivos limites¹² é que uma conduta que preencha os elementos do tipo das infracções aos art.º(s) 101.º e 102.º do TFUE deixe de ser punida ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, ficando em aberto a eventual aplicação das correspondentes proibições de origem puramente nacional".

1.1.4. Directrizes Nacionais da Autoridade da Concorrência

As linhas de orientação sobre as instruções de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei 19/2012 e dos art.º(s) 101.º e 102.º do TFUE¹³, surgem com um propósito por parte da AcD, o de uma procura continua pela perspicuidade na sua abordagem, bem como na clareza dos critérios por si usados quer nas suas decisões, bem como na instrução de processos.

1.2. No contexto da União Europeia

1.2.1 A origem da Protecção legal ao abuso da posição dominante:

Numa fase preliminar, a noção de abuso de posição dominante não foi clarificada, tão pouco apresentada como tendo uma estrutura definida,

¹¹ "Sempre que as autoridades dos Estados – Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência e acordos, decisões de associação ou práticas concertadas aceção do n.º1 do artigo 81.º do Tratado a tais acordos a tais acordos, decisões ou práticas concertadas." O mesmo se aplica ao artigo 82.º, em situação que reporte a qualquer abuso proibido.

¹² Sobretudo pelo princípio da efectividade, enquanto fundamento geral da Responsabilidade do Estado.

¹³ Cfr. Jornal Oficial da União Europeia (J.O.U.E), C 308, de 20.10.2011, pág.6.

particularmente no artigo 82.º do até então Tratado de Roma (TD)¹⁴. O artigo referido funciona como a base essencial, a razão do entendimento da política de Concorrência, bem como do funcionamento no mercado. A sua operatividade efectiva, culmina numa vantagem para os consumidores, bem como para as empresas.

Contudo, e apesar da sua relevância, este artigo foi protagonista das mais acesas opiniões - todas dispares - levadas a cabo pelos professores Ernest- Joaquim Mestmacker e René Joliet¹⁵. Tal discussão teve o seu desfecho com o acórdão *Continental Can*¹⁶, sempre que exista “uma alteração da estrutura de mercado. A contextualização do regime e da evolução do mesmo serve para uma melhor compreensão dos fundamentos do conceito em estudo, abuso de posição dominante¹⁷.

1.3. Origem do conceito: Posição Dominante

Nos dias de hoje, na União Europeia, vigoram as disposições consagradas pelo TFUE, no art.º 101.º, relativas a decisões de associações de empresas e práticas concertadas susceptíveis de restringir a concorrência; e no art.º 102.º relativo aos abusos de posição dominante. Temporalmente, estes artigos são posteriores aos que até então versavam

¹⁴ No mês de Março de 1957, foram assinados em Roma os famosos "Tratados de Roma". O primeiro instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE) e o segundo a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEa), conhecida também EURATOM. Uma vez que as ratificações pelos vários países não levantaram problemas, estes dois Tratados entraram em vigor em 1 de Janeiro de 1958. Após o Tratado de Maastricht, a CEE passa a constituir a Comunidade Europeia, exprimindo a vontade dos Estados Membros de alargar as competências comunitárias a domínios não económicos.

¹⁵ O debate entre a questão: se a proibição de abuso de posição dominante também englobava práticas que somente provocassem, indirectamente, dano para o consumidor, além do dano para os mercados ao entravar a concorrência (ou se era apenas o dano directo ao consumidor que estaria abrangido).

¹⁶ Acórdão *Europemballage e Continental Can*, c. comissão, de 21.2.1973, proc. 6/72, Colect, pág. 109, nº26.

¹⁷ Em 1965, nasceu o Memorando sobre a Concentração no Mercado Comum, por força de um estudo entre a Comissão Europeia e um grupo de entendidos na área, uma vez que a primeira tinha fortes pretensões de reforçar os seus poderes. De facto, tal colaboração fez com que a Comissão seguisse um entendimento distinto do que havia sido defendido pelos convidados.

sobre esta matéria – art.º(s) 81.º e 82.º do Tratado da Comunidade Europeia (TC) - no Título VI.

O Regulamento nº 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002, assumiu o lugar do Regulamento 17/62, de 1 de Maio de 2004, cujo sistema de controlo era centralizado, em prol da execução das regras de concorrência previstas nos art.º(s) 101.º e 102.º do TFUE, correspondentes ao antigos art.º(s) 81.º e 82.º do TCE.

A questão subjacente é, será a subordinação proibida? *De per si*, não. Vejamos, o art.º 102.º do TFUE, não é mencionado a propósito da posição dominante da empresa, antes para o abuso dessa mesma posição. Neste sentido, *Manuel Afonso Vaz*¹⁸ reafirma, que o que é proibido é a influência nociva, consequência da posição dominante de uma determinada empresa. Para *João Mota Campos*¹⁹ o artigo em foco (...) " não sanciona, como vemos, a existência de uma empresa em posição dominante no mercado; como não sanciona os esforços que uma empresa dinâmica realize para conquistar uma tal posição: um sistema fundado numa economia de mercado geral, naturalmente, tais situações de domínio, que em si mesmas não são nocivas (...)".

Sem embargo, e por força da possibilidade de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da sua utilização de forma imprópria, o TFUE, define²⁰ como abuso da posição dominante, como assim o diz o artigo 102º:

"É incompatível com o Mercado Comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os estados membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no Mercado Comum ou numa parte substancial deste.

¹⁸ Manuel Afonso Vaz, *et al.*, (1998).

¹⁹ João Mota de Campos *et al.*, (2007).

²⁰ O prévio Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, no seu número 7 do artigo 66.º. estatua que a posição dominante é aquela que "Subtrai (a empresa) a uma concorrência efectiva numa parte importante do Mercado Comum".

Tais práticas abusivas têm por hipótese:

- a. Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b. Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnicos, em prejuízo dos consumidores;
- c. Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.
- d. Subordinar a celebração de contractos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contractos."

No prévio TCE, bem como no vigente TFUE, não nos defrontamos com nenhuma noção de posição dominante, motivo pelo qual foi incumbida tal missão à Comissão da União Europeia (CdUE), bem como ao Tribunal de Justiça a sua fixação²¹. Citando *Miguel Moura e Silva*²², a posição dominante existe num mercado, quando "(...) uma ou mais empresas podem actuar de forma essencial sobre as decisões de outros agentes económicos de modo a que não possa surgir e manter-se no mercado uma concorrência praticável e suficientemente efectiva". Logo, de acordo com este preceito, todo e qualquer abuso de posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, é proibida, pelo que também é tida como incompatível no mercado em causa, sempre em quando afecte o seu normal funcionamento.

Neste sentido, *João Mota Campos*²³, diz-nos que o artigo 82.º não considera a posição dominante legítima, antes uma "*interdição*

²¹ João Mota de Campos *et al.*, (2007).

²² Miguel Moura e Silva (2008).

²³ No que concerne à contradição desta interdição como a que se vê nos acordos anticoncorrenciais, pode ler-se nos mesmos autores que " Deste modo, ao contrário do que sucede com os acordos anticoncorrenciais - *n.º3 do artigo 85.º* a proibição de abuso de posição dominante não comporta derrogações. É que o abuso não pode em caso algum ser tolerado numa comunidade que reconhece a supremacia do direito."

Incondicional” do abuso da posição dominante. Assim, tal sucederá, se existir por parte de uma(s) empresa(s) - detentora de uma posição dominante num determinado mercado, ou em parte substancial deste - exploração de forma abusiva dessa mesma posição.

Podemos dizer que se trata de uma sanção à empresa que praticou o abuso? Ora vejamos:

A meu ver, o que este artigo pretende – e bem - é condenar a prática do abuso, isto é, uma exploração exacerbada, cujos limites são extravasados num determinado mercado. Há que saber fazer a distinção entre o abuso da posição e a detenção da mesma por si só. Isto porque a detenção por parte da empresa desta posição advém do esforço e dedicação da mesma, o que, numa economia competitiva, pode trazer benefícios ao funcionamento do mercado. Colhe também nesta análise, a menção da não admissão da derrogação em caso de proibição do abuso. Ainda assim, será isto suficiente para decompor todas as noções presentes no artigo, de modo a compreender esta condenação? O que se entende por posição dominante e por abuso da mesma?

Vamos por partes:

A posição de que falamos é uma posição de força, refere-se ao poder detido por uma determinada empresa, para fixar – independentemente dos seus concorrentes, fornecedores ou cliente – uma estratégia comercial. A CE, por exemplo, define as empresas em posição dominante como as que "dispõe da possibilidade de comportamentos independentes, colocadas como estão em posição que lhes permite agir sem ter de tomar em grande conta os seus concorrentes, os compradores ou os fornecedores" por *João Mota de Campos*. Este mesmo autor, entendeu que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJUE), ao otimizar este conceito, provocou automaticamente uma harmonia que se tinha como essencial para o mesmo, uma vez que adicionou à definição prévia "o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa na

medida em que proporciona à empresa em posição dominante a possibilidade de comportamentos em larga medida independentes em face dos seus concorrentes, dos seus clientes, finalmente, dos seus consumidores"

Contudo, existem outras possibilidades, é o que *António Carlos Santos* (2008) nos vem dizer. É possível, num determinado mercado – não monopolizado - que uma empresa detenha uma posição dominante que possa impor ou influenciar as condições para a prática concorrencial. Não obstante, uma quota expressiva, demonstra recorrentemente uma posição dominante, uma vez que tal quota facilita por norma, as hipóteses de exercício do poder de mercado, subtraído ao influxo dos demais agentes económicos²⁴.

Para lá destes critérios, temos outros de aferição da existência de uma posição dominante, tais como:

- O acesso a capitais ou a titulação ou gestão de infra-estruturas essenciais;
- Benefício de direitos de licenciamento ou de propriedade industrial.

Examinando minuciosamente, o art.º 102.º do TFUE, encontramos critérios que permitem uma de duas coisas, delimitar e posteriormente sancionar, o abuso efectivo de uma posição dominante, especialmente se a posição dominante foi ou não concretizada num Mercado Comum, ou em parte substancial deste e não menos importante, se teve efeito prejudicial no comércio entre os Estados – Membros através de uma exploração abusiva, segundo *Caboz Santana*²⁵.

Agora, estamos no ponto exacto de entendimento sobre a origem e evolução do conceito em estudo, na UE.

²⁴ Neste sentido, *João Mota Campos et al.*, (2007), " a detenção por uma empresa de uma ampla parcela do mercado é um índice altamente significativo da existência de uma posição dominante"

²⁵ Carlos Alberto Caboz Santana (1993).

Capítulo II

O estudo do abuso da posição dominante enquanto prática Anticoncorrencial singular

2.1. Âmbito

A lógica do mercado da concorrência tem repercussões tanto para as empresas como para o consumidor. Vejamos, existem factores que potenciam uma empresa a criar ou reforçar uma posição dominante que podem ou não ser relevantes para a economia de mercado, logo a posição em si não é proibida, mas sim o abuso. E que factores são estes? Falamos de factores de mutação tecnológica, globalização, poder de mercado e todos podem levar a uma maior ponderação dos bens e serviços baseados no conhecimento, com custos marginais baixos e custos fixos altos. Enquanto que para as empresas concorrentes ocorrem restrições à concorrência, dando azo a obstáculos à liberdade de mercado, para o consumidor, ocorre uma redução do bem-estar. Neste sentido, e para que este abuso seja controlado ou suprimido, é necessário que haja regulação nos mercados, de modo a que empresas que tenham sido pioneiras no desenvolvimento de um produto, ou que actuem numa actividade caracterizada por efeitos de rede, não adquiram tão rapidamente uma posição de monopólio a longo prazo, prejudicando as garantias do normal funcionamento da concorrência.

Para que o conceito de abuso de posição dominante seja compreendido em toda a sua extensão, é necessário analisar especificamente ponto a ponto. São estes: mercado relevante, posição dominante, abuso da posição dominante e as suas respectivas ineficiências inerentes ao poder de mercado, bem como os tipos de posição dominante e de abuso dessa mesma posição.

2.2. Origem do Conceito de Mercado Relevante

Uma das formas de identificar as invalidades concorrenciais, passa como resulta dos acórdãos iniciais do TJ, pela definição de um mercado relevante, na sua aceção económica e jurídica.

Focando no art.º 102.º - antigo 82.º - este apresenta a noção de posição dominante como um "(...) *Mercado Comum ou numa parte substancial dele*", motivo pelo qual a definição de mercado se torna relevante para a posterior definição de abuso de posição dominante.

Tendemos a concordar com *António Carlos Santos*²⁶, quando este reitera que a noção de posição dominante ganha sentido, após a delimitação do mercado em que determinada empresa opera. O mesmo autor define que o mercado concreto, deve ser o adoptado, até porque sem o mesmo não é possível definir a posição dominante que se possa exercer numa parte substancial do mercado em causa. Neste sentido, temos também *Amanda Laranjeira*²⁷ "(...) quando se procura uma posição dominante deverá ser definido antes de mais, o mercado específico onde opera a empresa, que poderá eventualmente vir a preencher, cumulativamente, os requisitos para violar o art.º 102.º do Tratado". Logo torna-se um tanto ou quanto evidente que o este artigo só será aplicado se existir uma posição dominante e se a mesma for exercida, quer numa parte substancial, quer na totalidade do Mercado Interno.

No âmbito do art.º 82.º do TCE, encontramos a primeira decisão europeia²⁸, que vem especificar a importância do conceito de mercado relevante. Colhe a título de exemplo, a decisão da CdUE, proferida no processo *Continental Can*: "(...) a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades de concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa,

²⁶ Carlos Alberto Caboz Santana (1993).

²⁷ Amanda Veiga Laranjeira (2013).

²⁸ Decisão da Comissão Europeia, de 9 de Dezembro de 1971, *Continental Can Company*, J.O.L.7, de 8 de Janeiro de 1972.

devido às quais esses produtos estão particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis ".

Podemos descodificar este conceito por outra via, por comparação entre o custo marginal e o preço praticado por uma determinada empresa, sendo que o valor pode definir se a empresa está ou não em posição dominante.²⁹ Tal como destaca *Miguel Moura e Silva*, não obstante esta forma de "(...) observação directa do poder de mercado, dificilmente pode ser posto em prática, devido à dificuldade de estabelecer em rigor cada um dos parâmetros em definir os critérios de comparação válidos". É crucial perceber, que a importância dada à percentagem de detenção da quota de mercado é um factor relevante na aferição da existência de uma posição dominante, tal como o Acórdão *United Brands*³⁰. O que por vezes provocou alguma discussão doutrinária, como aliás sucedeu no caso exposto. Tal acórdão terminou por aprofundar, o Critério da Substituibilidade Cruzada da Procura, no qual o Tribunal "(...) confirmou a polémica definição de mercado adoptada pela Comissão."³¹

2.2.1. Critérios decisivos no Mercado Comum

Numa análise minuciosa sobre as Lições de *João Mota de Campos*³², podemos determinar o que se entende por Mercado Comum. Segundo este autor, é imperativo recorrer a dois critérios, o (A) Económico (ou do produto) e o (B) Geográfico. Isto porque a definição de mercado releva não só em função da sua dimensão geográfica, como também pela sua

²⁹ Por curiosidade, veja-se Landes, W.M. e Posner, R.A., "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review* (94), 1981.

³⁰ Acórdão de 14.2.1978 — Processo 27/76, Acórdão do TJ, 14 de Fevereiro de 1978 * 1 No processo 27/76.

³¹ Conjugando elementos alusivos à margem da discricionariedade, ao dispor de uma empresa e ao impacto na concorrência, deverá ainda trazer-se à colação os acórdãos do Tribunal de Justiça emitidos nos processos *Hoffmann-La Roche*, *Michelin* e *Hugin*.

³² *João Mota de Campos et al.*, (2007).

influência directa e decisiva na apreciação de um processo de concorrência.

Comecemos por explorar o critério (A) Económico. Neste, a posição dominante, pode ser exercida em relação a um dado produto ou serviço. Isto porque o mercado relevante é definido como aquele que "compreende a área em que as empresas em causa fornecem os produtos ou serviços, em que as condições da concorrência, são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas." Por este prisma e citando *Miguel Moura e Silva*³³, "um mercado de produto, compreende todos os produtos e/ou serviços, considerados permutáveis ou insubstituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e utilização pretendida." Porém, para *Manuela Góis*³⁴ "O Mercado, numa perspectiva Económica, seria assim a situação ideal onde se confrontariam as intenções de produto dos produtores – a oferta de um bem – e as solicitações de consumo dos consumidores – a procura de um bem, de que resultaria o preço de mercado para determinado bem, isto é, o preço para o qual toda a produção seria vendida e toda a procura seria satisfeita."

Ainda neste sentido, temos *João Mota Campos*³⁵, considera, que a existência de uma posição dominante, presume uma independência no procedimento ou autonomia de acções em relação a alguns produtos. Tal posição só terá lugar se, a empresa não estiver sujeita à concorrência de produtos semelhantes que possam substituir os seus próprios produtos, em termos tais que, "(...) um produto só poderá ser considerado como objecto de um mercado suficientemente distinto, se puder ser individualizado por qualidades específicas capazes de o diferenciar de outro ou outros produtos, a tal ponto que estes lhe não possam fazer mais concorrência

³³ Miguel Moura e Silva (2008).

³⁴ Manuela Góis (1999).

³⁵ João Mota Campos (2007).

sensível". Por fim, mas não menos importante *Caboz Santana*³⁶, entende que "pode haver mais do que um meio apto – mais do que um bem económico - susceptível de saciar uma necessidade económica, e fala-se a esse propósito em bens sucedâneos, sendo que quanto maior for o grau de sucedaneidade, maior será o efeito de substituição", logo quanto maior for este efeito, maior será a elasticidade da procura, isto é, do preço de um bem e por consequência, menor será o domínio da empresa no mercado.

No que diz respeito ao critério (B) Geográfico, o conceito é diferente. Ora, poucas serão as empresas a dispor de uma posição dominante no conjunto do Mercado Comum, logo será mais fácil que tal situação de domínio tenha lugar, numa parte substancial do Mercado Comum, isto é, no "espaço territorial de um ou mais países membros, ou ainda em parte de um só país", segundo *João Mota Campos*³⁷.

Assim, o mercado funciona como um ponto de encontro entre vendedores e compradores, de modo a fixar os preços, abrangendo as zonas onde se encontram quer os actuais clientes, quer os potenciais da empresa, isto é, os destinatários da oferta no caso do vendedor dominante ou a procura, no caso do comprador.

Claro está que a dificuldade maior neste caso, reside em conseguir avaliar o benefício que uma determinada empresa terá face à sua concorrência, derivado à proximidade ou distância geográfica referente ao público alvo do produto a comercializar. Motivo pelo qual, existindo uma posição dominante em local onde reine a concorrência, pressupõe-se também a já mencionada anteriormente, independência de comportamento, autonomia de acção de uma determinada empresa em relação a determinados produtos. Logo, para que um produto possa ser identificado

³⁶ Carlos Alberto Caboz de Santana (1993).

³⁷ João Mota Campos (2007).

como inerente a um mercado suficientemente heterogéneo, terá que ser individualizado, ou seja, terá que possuir características próprias que o façam distinguir perante outros, sendo a concorrência efectiva entre estes, inviável.

Ainda no que concerne ao critério geográfico, *Amanda Laranjeira*³⁸, explora-se a questão da posição dominante existir por hipótese numa parte substancial do mercado interno. Aquilo que é usual, é a posição dominante existir num ou em vários Estados-membros ou somente numa parte do território dos Estados Membros. O que deve ser retido é o entendimento territorial do mercado de acordo com o conjunto do Mercado Interno, sem nunca esquecer a vertente económica, pelo que tendencialmente será abandonada a defesa do critério geográfico em detrimento daquele³⁹.

2.2.2. Noção de Mercado Relevante

É imprescindível para a compreensão do conceito de Abuso de Posição Dominante, explorar a noção de Mercado Relevante. Este é determinado sob dois meios. De um lado em termos de produto e do outro geograficamente⁴⁰.

Ora, a UE, define como mercado de produto relevante, aquele que "compreende todos os produtos e/ou serviços consideradas permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida."

Na óptica do produto, o mercado relevante abrange os produtos considerados pelo consumidor substituível e alternativo, por força das suas propriedades, uso e preços. Tais produtos, são entre si, substituíveis ao nível da procura e da oferta. Dentro das políticas de concorrência, são beneficiadas as substituições do lado da procura, pois ao contrário da

³⁸ Amanda Veiga Laranjeira (2013).

³⁹ Neste contexto, Caboz Santana (1993).

⁴⁰ Jornal Oficial n.º C 372 de 09/12/1997 pág. 0005 - 0013.

substituibilidade do lado da oferta, não leva à ampliação do mercado de referência e à mitigação do controlo.

Geograficamente, o mercado relevante engloba as zonas nas quais as empresas em causa concorrem para a oferta e para a procura de um produto em condições homogéneas. Logo, tendo por base este raciocínio, o mercado relevante pode coincidir com o mercado da UE no seu todo, existindo a possibilidade de inferioridade ou superioridade face a este⁴¹.

2.3.O abuso da posição dominante

Como já vimos anteriormente, a definição de posição dominante não se encontra no art.º 102.º do TFUE, tão pouco o que se entende por abuso desta posição. Isto significa que se a prática de subordinação tiver lugar, apenas por via interpretativa daquele artigo, não será per si, proibida⁴².

Ainda assim, é possível através da junção da Jurisprudência do TJ com as decisões da Comissão, constatar que existe exploração abusiva da posição dominante "sempre que a empresa utilize o poder de que dispõe no mercado para obter vantagens", tais como, preços ou condições de transacção não equitativos, aos quais não poderia aceder num quadro de concorrência efectiva. Pode sempre existir em simultâneo, "quando uma empresa se prevalece da posição dominante que detém para se reforçar, eliminando ou restringindo substancialmente a concorrência que poderia ser-lhe feita no mercado respectivo e prejudicando assim o objectivo, que o tratado procura salvaguardar, da existência de uma concorrência

⁴¹ Marques, Alfredo; colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina 2006, pág. 258-259.

⁴² O art.º 102.º do TFUE, conjuga a proibição ao abrigo de uma cláusula geral, enumerando de seguida a tipologia de práticas abusivas, que se podem distinguir, segundo *Miguel Moura e Silva*, (2008).

suficientemente eficaz no quadro do Mercado Comum". Assim, pelas palavras de Manuel Afonso Vaz⁴³, o que temos é o uso consciente do poder económico, ao invés de uma necessidade da intenção, por parte da empresa.

O TJ apresenta uma noção objectiva, indicada como aquela que promove "comportamentos de uma empresa em posição dominante, susceptíveis de influenciar a estrutura do mercado". Por norma, na estrutura de mercado, o grau de concorrência encontra-se enfraquecido, tendo como efeito ou consequência, uma concorrência regular de serviços ou produtos na base dos operadores económicos, através de meios distintos dos que governam. Tal enfraquecimento pode resultar em obstáculos tanto à manutenção do grau da concorrência, como o desenvolvimento da mesma.⁴⁴

Assim, constatamos – mais uma vez – que o comportamento da empresa é aferido, por confronto com a situação e estrutura de mercado, na qual esta mesma posição é ocupada, preterindo-se da intencionalidade e culpa da empresa que incorreu em abuso, sendo útil apenas para majorar a sanção.

2.3.1. Quando estamos diante de uma Posição Dominante?

Uma posição Dominante pode ser adquirida por uma empresa(s), pelas mais variadas causas. Pode ter lugar através de uma garantia, concedida por lei resultante de um direito de propriedade intelectual, o que comumente é visto como um monopólio legal. De outro modo, pelo facto de nenhuma outra empresa reunir o incentivo necessário para entrar nesse mercado, o dito monopólio de facto⁴⁵. Quando a empresa consegue

⁴³ Manuel Afonso Vaz (1998).

⁴⁴ António Carlos Santos (1998).

⁴⁵ "A posição dominante diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus

controlar o input de que os seus concorrentes carecem para executar a sua actividade e como consequência consegue obter melhor desempenho que os seus concorrentes - melhores produtos, melhores preços, variedade - estes constituem uma posição debilitada. Desta maneira, existindo no mercado uma empresa com posição dominante, as empresas concorrentes não têm maestria para firmar o seu comportamento de forma efectiva, terminando aquela por usufruir de uma liberdade de actuação ampla. O facto de existir a dita posição, decorre da empresa não enfrentar uma pressão concorrencial eficaz, pelo menos suficientemente que a impeça de dispor da mesma, pelo facto do seu poder de mercado ser notório e permanente. Esta situação provoca indiferença relativamente às decisões de uma empresa detentora de uma posição dominante, perante as reacções dos consumidores, clientes e concorrentes.

A empresa detentora de uma posição dominante, é também e necessariamente detentora de poder de mercado. Ora, quer isto dizer que para que detenha tal posição, tem primeiro de ter poder substancial de mercado. O poder de mercado traduz-se no poder de aumentar os preços acima do nível competitivo, de forma a lucrar com o mesmo. Se pensarmos ao nível económico, uma empresa detém poder de mercado quando cobra um valor acima do custo marginal de produção, isto é, excluindo os custos fixos, o preço é superior ao custo de produção da última unidade. Por norma, as empresas fixam o preço acima do custo marginal, o que faz com que de alguma forma todas detenham em parte poder de mercado, claro está em termos económicos. Sob a perspectiva do mercado concorrencial, é-lhe inerente o risco que uma empresa corre ao elevar os preços, pois de mãos dada com este aumento, pode estar a perda de clientes para as empresas rivais. De certa forma, o poder de mercado nesta situação é limitado. Deste modo, uma empresa só terá poder de mercado substancial

concorrentes, aos clientes e, finalmente, aos consumidores" Acórdão do TJ, DE 14702/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Col.1978, 77, pág. 65).

efectivo, se tiver uma margem de liberdade tal, que lhe permita aumentar os preços de forma permanente e benéfica, sem que em momento algum lhe assombre o receio de perder clientes.

O facto de uma empresa deter uma posição dominante, não suprime a concorrência. O que realmente muda na situação da empresa é que esta passa a beneficiar da possibilidade de decidir ou até influir nas condições em que esta concorrência ocorrerá, sem que tal comportamento a lese.

Ainda que não exista concorrência efectiva, haverá sempre o registo de alguma concorrência. O que pode suceder, é a mesma ser um tanto ao quanto insuficiente, para afectar as decisões que toma. Por outro lado, a independência inerente à noção de posição dominante não faz com que a empresa se encontre protegida na íntegra face aos seus concorrentes. Nem seria coerente, caso assim não fosse, pois as empresas dominantes deixariam de ter incentivos para levar a bom porto, as práticas anticoncorrenciais, destinadas a aniquilar a concorrência⁴⁶.

Quantitativamente falando, só pode existir uma posição dominante no mercado. Pode ocorrer que essa "única posição" seja detida por uma única empresa - posição individual/singular - ou por um conjunto de empresas - posição colectiva.⁴⁷ Para que se compreenda e clarifique estes dois conceitos é imprescindível apresentar os dois modelos, quer a posição colectiva, quer a posição individual – empresa dominante com franja competitiva. No objecto de estudo em tese, as atenções recaem sobre a posição singular, sendo esta em seguida analisada.

⁴⁶ Exemplo: Decisão COMP/38.233 - Wanadoo Interactive , pág. 208 e 209.

⁴⁷ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abuso de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 59-63.

2.3.2. Posição Dominante Singular/ Individual

Esta posição, resulta comumente de uma junção de factores, sem os quais, não se determinaria isoladamente uma avaliação⁴⁸. A UE, apresenta como factores imprescindíveis na ponderação de uma posição dominante⁴⁹ e sob a alçada das instruções do art.º 102.º do TFUE:

a. Domínio Negocial dos Compradores:

Este apresenta-se como um dos factores principais, onde a quota de mercado influencia esse poder. Ora, uma empresa com uma quota de mercado sensivelmente elevada, maior parte das vezes não consegue actuar de forma independente no mercado, face a clientes com um poder elevado de negociação. O que significa que, em determinados mercados, a procura é definida por duas estirpes de compradores, os de grande dimensão e os que detêm grande peso para a empresa fornecedora. Periodicamente, as empresas que detêm peso suficiente, podem dissuadir um aumento de preços por parte da empresa dita "dominante", visto terem capacidade para transferir para fornecedores concorrentes. Logo, o poder negocial do lado do comprador, funciona como uma pressão que por hábito é eficaz na dissuasão do desempenho do poder de mercado. Contudo, não é suficiente para a margem de progressão, que o comprador de grande dimensão obtenha melhores condições comerciais do que outros compradores ditos pequenos. Isto significa que a existência de compradores fortes deve funcionar como uma protecção além dos mesmos, isto é, para todo o mercado.

⁴⁸ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc.27/26 (United Brands/Comissão, Col.1978, 77, pág. 66).

⁴⁹ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 63 –76 .

b. Barreiras à expansão Económica:

Estas traduzem-se em objecções que os potenciais concorrentes encontram na pretensão de entrar no mercado. Aquelas são também obstáculos, desta feita na expansão da sua produção.

Estas barreiras são apontadas como o factor de maior relevo na análise da estrutura concorrencial de um mercado. Este pode ser o fundamento segundo o qual uma empresa deixa de ter capacidade para aumentar os preços de forma contínua e rentável acima dos níveis competitivos, ou seja, deixar de ter posição dominante.

As barreiras em apreço referem-se à conjuntura que aponta vantagens competitivas à empresa supostamente dominante e que não podem ser plausivelmente contestadas pelos seus rivais concorrenciais. Como exemplo desta situação, temos⁵⁰:

- Admissão privilegiada à oferta: para concorrer no mercado é necessário, um controlo sobre inputs – integração vertical - em especial sobre os parques, de modo a contornar a dificuldade da entrada e expansão de empresas de menor dimensão.
- Estirpes Económicas: Se por um lado na economia de gama, assistimos à produção/distribuição de dois ou mais produtos com custo menor, do que se fosse produzido isoladamente; na economia de escala, uma empresa vê o seu custo médio de produção/distribuição diminuir consoante a quantidade produzida aumenta.
- Vantagens absolutas: dificilmente concorrem de forma efectiva, as empresas com menor poder de negociação. Falamos de vantagens como o acesso preferencial a infra-estruturas essenciais, recursos naturais, inovação, direitos de propriedade intelectual e capital.

⁵⁰ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág.72-75.

- Margem de rede: além de um poder geográfico elevado, a empresa que se encontre em posição dominante tem uma rede de distribuição igualmente abrangente, sendo portadora dos melhores pontos de venda no mercado.
- Capacidades limitadas: por norma, as empresas ditas "dominantes" dispõe de maior capacidade para satisfazer necessidades de procura. Para contornar tal limitação, os concorrentes actuais e potenciais, teriam de fazer um esforço redobrado, traduzido em investimentos significativos, cujo custo intrínseco seria elevado de modo a expandir a produção e consequentemente entrar no mercado. Estes custos são de entrada, o que significa que, se a entrada não for bem-sucedida, os mesmos podem não ser reavidos.

c. Ranking no mercado da empresa e os seus respectivos rivais:

Esta posição de mercado é delimitada em função de um indicativo. Este indicativo tem por base o cálculo das quotas de mercado que um determinado mercado pode deter. Logo, se uma empresa tiver uma quota de mercado mais elevada face aos seus rivais, estamos perante de um indicativo de que existe uma forte posição dominante. É importante referir que não existe um limite mínimo e máximo dessa mesma quota que por norma defina a posição dominante de uma empresa, ou seja, ainda que aquela seja elevada, não significa que num determinado enquadramento, esta exista. Exemplo claro desta situação é o estudo levado a cabo pela AdC em Dezembro de 2010, "Análise do mercado de originação de chamadas nas redes móveis nacionais". Nesta análise, os factos apontaram que cada operador móvel detinha, 100% da quota de mercado, o que pode significar muito pouco, porque "apesar da posição de monopólio detida por cada operador no mercado relevante respectivo, a decisão sobre a eventual dominância depende também da análise de outros factores, nomeadamente a presença de barreiras à entrada, da existência de

integração vertical, da rivalidade entre empresas, da concorrência potencial e do contrapoder negocial dos compradores".⁵¹

Em termos de avaliação de evolução, esta deve ser feita ao longo do tempo, sob pena de não revelar a natureza dinâmica do mercado.⁵²

Direccionados pelo art.º 102.º da TFUE, a Comissão refere que a análise das quotas de mercado é feita "à luz das condições específicas e, especialmente, da dinâmica de mercado e do grau de diferenciação dos produtos".⁵³ Na prática significa que um mercado é concorrencial se as quotas de mercado flutuarem substancialmente ao longo do tempo, por força das rivalidades entre as empresas.

No que diz respeito à dimensão total do mercado, bem como as quotas de cada empresa, são ambas calculadas em função das suas vendas no mercado dito relevante. Neste âmbito, temos informação útil como o volume e valor de vendas, capacidade instalada, número de candidatos dos procedimentos concursais.⁵⁴ Estas informações têm como principal função, preterir das estimativas que por norma não são fiáveis, para despistar os dados erróneos das empresas, fornecendo dados certificados, bem assim fiáveis quanto à dimensão total do mercado.

Cabe acrescentar neste contexto, o método segundo o qual a lei Americana no domínio do controlo das concentrações de empresas, determina o grau de concentração do mercado:

- Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH): Ainda que para o efeito seja necessário determinar o valor das quotas das empresas de todo o mercado, esta é uma missão quase impossível, precisamente por falta de informação. A solução passa por utilizar com frequência um

⁵¹ Análise do mercado de originação de chamadas nas redes móveis nacionais, 47 ponto 261.

⁵² OFT Assessment of market power, 2004, pág. 43.

⁵³ Orientação sobre o artigo 102.º do TFUE, pág. 13.

⁵⁴ Comunicação sobre o mercado relevante.

indicador de concentração, como a quota acumulada das três ou quatro empresas de maior dimensão. Este índice é definido como a soma dos quadrados individuais das empresas presentes no mercado, dependendo do número de empresas que constitui o mercado e por outro a quota de mercado que cada uma tem. Desta forma podemos contemplar três situações no panorama Americano: O mercado não concentrado, moderadamente concentrado e o mercado fortemente concentrado.⁵⁵

2.3.3. Vantagem Competitiva da Empresa Dominante

Existem vários cenários possíveis, ambas do lado da oferta. Podemos ter uma franja competitiva, conhecida como a empresa líder que pode ou não designar pequenas empresas, ditas seguidoras, sendo que cada uma destas é price taker⁵⁶ do lado dos custos. Segundo Nuno Cunha Rodrigues⁵⁷, pode ser um incentivo à concorrência nos ditos mercado Relevantes. O número de empresas na franja competitiva é fixo, logo nenhuma nova entrada pode ocorrer. O preço da empresa dominante é mantido inferior ao preço do monopolista. Por hipótese, se a empresa dominante fosse inicialmente um monopolista genuíno e tivesse que lidar com a entrada de pequenas empresas, sucederia uma redução natural do preço. A empresa dominante não gera lucro com o afastamento das empresas da franja competitiva para fora do mercado. Para fazê-lo, teria de requerer um preço mais baixo, o que seria uma estratégia predatória. Do ponto de vista económico, deve ser avaliada a conduta do predador, cujas políticas são adoptadas por uma empresa, gerando lucro única e

⁵⁵ Marques, Alfredo; colaboração. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina 2006, pág. 255

⁵⁶ A **price taker** is a person or company that has no control to dictate prices for a good or service. In the trading world, a price taker is a trader who does not affect the price of the stock if he or she buys or sells.

⁵⁷ Cunha Rodrigues, Nuno, A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica, pág. 378 (2013).

exclusivamente se removerem os rivais existentes ou os potenciais do mercado.

2.4. Tipos de abuso de posição dominante

A identificação precoce da empresa como detentora de uma posição dominante num mercado determinado e relevante, é pressuposto na aplicação do Regime Jurídico do Abuso. Esta identificação é condição *sine qua non* para se verificar uma situação de abuso da posição mencionada supra. Assim se não houver presunção de que a empresa detém uma posição dominante, existe um impedimento, o de verificar se teve lugar a exploração abusiva. Não obstante o legislador ter privado o art.º 102.º do TFUE, de uma definição de abuso ou de exploração abusiva, providenciou por outro lado uma lista exemplificativa de comportamentos representativos de práticas abusivas.⁵⁸

Partindo do pressuposto anterior, uma prática abusiva pode assumir uma panóplia de formas, bem como ter um conjunto de diferentes classificações. Assim, temos os abusos por exploração que se traduzem no aproveitamento do poder de mercado, com o intuito de abduzir valor dos clientes e os abusos por exclusão que são os passíveis de prejudicar o normal desempenho e funcionamento da concorrência no mercado. Serei breve na apreciação dos abusos de exploração, uma vez que o estudo incide sobre os abusos de exclusão.

2.4.1. Abusos de exploração

Já falamos anteriormente neste caso, sendo desta feita chamado à colação para definir este tipo de abuso. Assim, temos o caso de *United Brands*, no qual o TJUE resumiu o ponto crucial, realçando que um abuso

⁵⁸ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 87.

de exploração é uma conduta segundo a qual uma “empresa em posição dominante utilizou as possibilidades que resultam dessa posição para obter vantagens comerciais que não conseguiria obter face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz”.

Qual o motivo subjacente? Tem na sua rácio a ausência de imposições concorrenciais que levam a empresa dominante a fixar os preços a um nível mais elevado, subtraindo aos seus clientes benefícios, o que num mercado concorrencial, não teria lugar. Logo, a prática de preços excessivos é tida como o principal tipo de abuso de posição dominante de natureza exploratória. Não obstante, existem outros exemplos de abusos de exploração, como a imposição de termos contratuais, nomeadamente onerosos que a empresa não levaria a cabo, não fosse a sua posição dominante no mercado.⁵⁹

2.4.2. Abusos de exclusão

Em primeira instância, avaliemos o conceito do ponto de vista do TJUE. Este, definiu o conceito de abuso de exclusão no processo *Hoffman-La Roche* de tal forma, que têm sido frequentemente citados em subsequentes decisões da Comissão, bem como em acórdãos.

Destarte, segundo o TJ: “A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos prestadores

⁵⁹ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 88.

económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência”.

Podemos, para este efeito, usufruir de um elenco não taxativo inerente ao conceito de abuso por exclusão, apresentado pelo TJUE. Esta lista destaca três elementos com incidência específica⁶⁰:

1. A natureza objectiva do conceito:

Revestido de natureza objectiva, a única exigência é no sentido da verificação do facto sem que exista a necessidade de demonstrar a dimensão subjectiva do mesmo, isto é, da culpa. O facto de se preterir da verificação da culpa para que tenhamos um abuso, em nada tem que ver com a ausência de uma intenção Anti-Trust, logo também não pode ser invocado enquanto defesa.

2. Conduta concorrencial distinta das adoptadas por empresas regidas pelo mérito:

O conceito de "Concorrência por mérito" é utilizado reiteradamente pelas instituições da UE, com o objectivo de excluir condutas da esfera do conceito de abuso. A interpretação usual da jurisprudência relativamente a este conceito, preconiza uma relação entre parâmetros de concorrência pelo desempenho e eficiência económica. Sob a directriz do art.º 102º do TFUE, a Comissão relacionou as condutas com base no mérito, ao desempenho para os consumidores em termos de gama, gama da oferta, preço qualidade e inovação. Tais comportamentos estimulam as vantagens que a concorrência faculta aos consumidores, ou seja, melhor qualidade, preços mais baixos e maior diversidade de bens e serviços novos ou aperfeiçoados.⁶¹

⁶⁰ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 89-114.

⁶¹ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 102.

A título de exemplo daquilo que se define por Concorrência de mérito, temos como objecto de análise o relatório da OCDE de 2005. Este sintetiza as principais interpelações conhecidas a este respeito: Sejam o sacrifício de lucros, a eficiência própria, o concorrente igualmente eficiente, o bem-estar do consumidor e por fim a ausência de outra racionalidade económica.

3. Consequências do desenvolvimento da concorrência de mercado:

Resulta da interpretação do art.º 102.º do TFUE, que o propósito da aplicação do regime jurídico da concorrência a comportamentos de exclusão é de garantir que as empresas detentoras de uma posição dominante, não prejudiquem uma concorrência efectiva, colocando termo aos mercados rivais. Pois, tal situação teria uma repercussão contrária no bem-estar dos consumidores, o que resultaria necessariamente no aumento dos preços, bem como numa profunda limitação da qualidade dos bens e serviços, reduzindo as hipóteses de escolha por parte dos mesmos.⁶² Neste sentido, o TJUE defende a susceptibilidade do comportamento da empresa dominante em alcançar a estrutura de mercado, enquadrando um efeito que dificulte o desenvolvimento da concorrência.

⁶² Orientação sobre o art.º 102.º TFUE, pág. 19.

Capítulo III

Responsabilidade especial da empresa em posição dominante

3.1.Práticas de Abuso por exclusão

Para aferir a Responsabilidade Especial da Empresa, temos que verificar primordialmente o elenco das práticas de abuso por exclusão, uma vez que o objecto desta dissertação recai sobre este tipo. Assim, e tendo presente o art.º 102.º do TFUE, na sua alínea d), verifica-se que é definido como abusivo e por consequência sancionado, o comportamento da empresa dominante que tenha por base: *"subordinar a celebração de contractos e aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contractos"*.⁶³ Estes exemplos - práticas de exclusão - aludem substancialmente, às situações em que uma empresa faz uso abusivo da posição dominante adquirida sobre um produto de um determinado mercado, com vista a impor a compra de um outro produto – mesmo no caso de serviços - o que por norma implica que os consumidores não tenham liberdade plena sob a aquisição desses mesmos produtos/serviços.

Assim, o intitulado abuso por exclusão é entendido como um comportamento, através do qual uma empresa impede a entrada dos seus concorrentes no mercado. Estes por seu turno, acarretam prejuízos, pois tal prática é individualizada da concorrência leal, na qual uma empresa melhora os seus processos produtivos aumentando um rol de características, como a eficiência e a sua performance enquanto alvo no mercado competitivo. Enquanto que a Concorrência Leal tem por objectivo melhorar o desempenho da empresa, o abuso por exclusão tem como

⁶³ Temos exemplos como o Bundling e o Tying, os conhecidos preços predatórios, discriminação de preços e esmagamento de margens, descontos de fidelidade e contractos exclusivos, recusa de fornecimento e abuso de direitos de propriedade industrial.

finalidade excluir a concorrência. Assim aumenta o seu poder no mercado, em prol exclusivo da empresa, ao invés de fazê-lo em benefício da concorrência efectiva e Leal de mercado.⁶⁴

A Responsabilidade deve também ser apurada tendo por base um leque de ineficiências subjacentes ao poder de mercado que podem e muito influenciar no desfecho e cálculo dessa mesma responsabilidade. Estas ineficiências contribuem para uma agravada perda de bem-estar o que acaba por requerer uma ajustada fiscalização por parte de uma entidade exterior ao mercado.

Posto isto, podemos afirmar que o poder de mercado origina três formas de ineficiência, são estas:

- **Produtiva:** Tem lugar quando o custo de produção de um monopólio é mais elevado do que o custo de uma empresa em concorrência, isto é, tem lugar na fronteira de possibilidades de produção. Tal sucede quando a produção de um bem é obtida ao menor custo possível ou se a produção atingir o seu nível máximo. Esta eficiência é alcançada quando os recursos mobilizados operam no limite máximo do seu potencial, com um nível de aproveitamento a 100%. Se avaliarmos a questão do ponto de vista da eficiência, constatamos que, nas empresas monopolistas, o interesse é produzir em níveis tais que maximizem o lucro, logo o custo médio não coincidirá com o ponto onde o lucro é máximo para a empresa. O que dificulta o cumprimento desta eficiência é a escassez dos recursos, uma vez que é impossível produzir todos os bens e serviços requeridos para satisfazer a todas as necessidades sociais existentes. Ora, se escassez implica escolhas e escolhas implicam custos de oportunidade, o risco deve ser ponderado.

⁶⁴ Amanda Laranjeira et, al. (2013).

- **Alocativa:** alocação de recursos, cujo objectivo é uma divisão equitativa, ou seja, os diferentes recursos (pessoal, materiais, equipamento e tecnologia) devem ser equilibrados de maneira evitar desperdícios e potenciar o resultado pretendido. É a melhor fusão de escolhas, com o melhor custo de oportunidade possível, de forma a satisfazer a maioria das necessidades e vontades sem que haja um desgaste dos recursos.
- **Dinâmica:** A inovação tecnológica, bem como os incentivos à sua prática, são pontos essenciais neste tipo de ineficiência. A tradução prática desta dinâmica é, incentivar para inovar, seja por meio da expansão de um produto, ou por outro lado pela inserção de novos métodos de produção. Deve ser tido em conta, que este incentivo tende a ser maior numa empresa em concorrência do que no caso de um monopólio.

3.2. Responsabilidade especial

A Responsabilidade especial da empresa tem sido referência recorrente em decisões e acórdãos remetentes ao art.º 102.º TFUE e às normas nacionais equivalentes.

Este conceito está de mãos dadas com o conceito de abuso de posição dominante e tem por base o facto da empresa dominante não consentir que a sua conduta obste uma concorrência efectiva no mercado comum. Isto significa que, o direito da defesa da concorrência só reprovava condutas unilaterais de empresas titulares de posição dominante. Logo, este mesmo comportamento pode ser contrário às normas da política da concorrência se levado a cabo por uma entidade titular de posição dominante e por outro lado, lícito se for concretizado por uma empresa que não detenha tal posição.

3.3. Direito Norte-Americano VS Direito Europeu:

Adversamente ao Direito Norte-Americano – que proíbe a aquisição da posição dominante – no Direito Europeu, é sancionado precisamente o abuso dessa mesma posição.⁶⁵ Assim, de um modo geral, as empresas acabam por não se encontrar impedidas de alcançar, através de meios legais, uma posição categórica num determinado mercado – o relevante. Esta é a única forma de se destacarem das empresas concorrentes. Como já vimos, o art.º 102.º do TFUE proíbe, tão só, que a empresa em tal posição beneficie, obtenha vantagens tais que prejudique o consumidor, situação esta que não teria lugar em circunstâncias normais no jogo concorrencial. Neste sentido, a jurisprudência patente no TJ⁶⁶ diz-nos que a *“noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou desenvolvimento desta concorrência”*.⁶⁷

De um prisma diverso, podemos partir do facto do art.º 102.º do TFUE não definir o conceito de abuso, enumerando exemplificativamente, os comportamentos passíveis de se traduzirem em explorações abusivas do poder económico. Pode suceder que tal método não permita a subsunção

⁶⁵ V., Gorjão Henriques, Miguel, Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, Almedina (2010) pág. 689 e 690.

⁶⁶ Os factos que estiveram na origem de todos os litígios submetidos às diferentes jurisdições da UE analisados neste trabalho ocorreram antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa a 1 de Dezembro de 2009. Não obstante, optámos por utilizar a designação actualizada dessas mesmas jurisdições.

⁶⁷ V., TJ de 13.2.1979, Proc. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias, Colect. 1979-I, n.º 91.

de um comportamento abusivo, segundo o artigo em estudo. Ponto assente, é que será sempre incompatível e proibido, sempre em quando, em causa esteja a afectação negativa do comércio, entre os Estados Membros, ou seja, de uma parte significativa do mercado relevante.

Sem embargo, interessa-nos para esta análise, a alínea b) do art.102.º do TFUE, uma vez que um dos problemas incontornáveis e causadores desta situação é precisamente a limitação da produção, distribuição e bem assim do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. Não havendo uma manifestação explícita neste artigo, coube à Jurisprudência da UE, qualificar juridicamente. Foi assim que surgiu o princípio geral de que as empresas que estejam em posição dominante, não possam recusar o acesso a bens ou serviços, se existir um impacto significativo no meio concorrencial.⁶⁸

É crucial, no âmbito das relações concorrenciais estabelecidas entre as empresas, compreender que, a partilha dos ganhos não é vista como algo lucrativo, muito menos aliciante. Do ponto de vista prático, o que é pertinente de se analisar, são os motivos que condicionam os fornecimentos. Ora, a incerteza da recuperação do investimento, é a objecção primordial de uma empresa que se encontre em posição dominante.⁶⁹ Para a análise em apreço, interessa mencionar o princípio da liberdade contratual⁷⁰ segundo o qual se decidi com quem se contrata, logo com quem se estabelecerá hipoteticamente uma relação contratual, isto é,

⁶⁸ V., Freire, Paula Vaz, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, n.º1-2, 2008, pág. 126-127.

⁶⁹ V., Vab Rooijen, Ashwin, The role of investments in refusals to deal in World Competition: Law and Economics Review, v.31, n.º 1, 2008, pág. 63. 8 V.

⁷⁰ É uma aplicação da regra da liberdade negocial, sendo ambos eles um corolário do princípio da autonomia privada, só limitando, em termos gerais, nas disposições dos art.º(s) 280.º e segs. CC (art.º 398.º CC) e em termos especiais, na regulamentação de alguns contractos. Em virtude deste princípio, ninguém pode ser compelido à realização de um contrato. Esta regra tem também excepções (ex. art.º 410.º ss. CC).O princípio da liberdade contratual desdobra-se em vários aspectos: a) A possibilidade de as partes contratarem ou não contratarem, como melhor lhes aprouver; b) A faculdade de, contratando, escolher cada uma delas, livremente, o outro contraente; c) A possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contractos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei ou de incluírem em qualquer destes contractos paradigmáticos, cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no Código Civil.

de negócios. Podemos ainda neste contexto, avaliar as orientações da CE a respeito deste artigo. Ora, a Comissão parte do pressuposto que *“cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito a escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens”*.⁷¹

O facto de uma empresa deter uma determinada posição dominante, e por conseguinte ter uma vantagem concorrencial, não constitui na sua esfera a obrigação de permitir que os seus concorrentes tenham acesso a essa posição, a bem dizer recurso.⁷² Logo, o princípio acima mencionado só deverá ser afastado em situações consideradas excepcionais, circunstâncias que obrigam – apenas neste momento – a contratar com os seus concorrentes, sobrepondo aos mesmos os seus ou outros interesses.⁷³

Doravante, estamos preparados para estudar os casos de recusas de venda e o seu impacto, bem assim relevância no mercado concorrencial. Será este impacto negativo? À partida sim, pois têm um efeito contrário, o de distorcer a livre concorrência. Logicamente, uma empresa em posição dominante que recuse contratar com um concorrente, tem mais probabilidade de causar danos. Seria legítimo, que uma empresa não fosse obrigada a contratar com um rival. Contudo, por ter adquirido uma posição de destaque no mercado, o facto de contratar com outras empresas, pode contribuir para uma melhoria geral do posicionamento destas no ranking. Desta forma, como identificar uma situação de recusa de contratar? Esta é protagonizada por dois concorrentes, sendo que uma empresa detém um input específico, ou seja, um meio de produção necessário no mercado onde actua, ao qual se recusa a fornecê-lo aos seus rivais, neste caso a

⁷¹ V., Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82.º do Tratado CE a comportamentos da exclusão abusivas por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nº 75.

⁷² V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pág.132.

⁷³ V., Bordalo Junqueiro, Ricardo, *Abusos de Posição Dominante*, pág. 127, Almedina, 2012.

outra empresa, que não detém tal input. Aquela pode ou não, consoante o decorrer da operação, adquirir ou manter uma posição de vantagem sobre esta. Desta forma, deve existir uma certa margem de prudência na intervenção do Direito Concorrencial, pela falta de incentivo ao investimento das empresas, pois só assim se consegue precaver o Consumidor de um eventual prejuízo.

A existência de uma vantagem concorrencial implica necessariamente determinados custos. Se as empresas soubessem de antemão que seriam obrigadas a facultar o acesso a tais recursos aos seus rivais de mercado, talvez não se predispusessem a tal.⁷⁴ A longo prazo, um acesso generalizado destes recursos pode causar na eficiência dinâmica, efeitos danosos.⁷⁵ A empresa pode sempre perder a sua vantagem competitiva ainda que o acesso a estes recursos seja feito segundo o princípio da equidade e mesmo que possa recuperar o seu investimento, pois os consumidores podem estar de igual modo bem servidos pelos produtos fornecidos pelos concorrentes.⁷⁶

Não obstante, tal obrigação de fornecimento do referido input a um concorrente, só tem lugar se este for imprescindível, isto é, “*essencial para o desenvolvimento da concorrência noutro mercado*”.⁷⁷ Creio que assim se justifica e bem a necessidade da prudência mencionada supra, isto porque se não estiver em causa a definição de um recurso produtivo como algo essencial as empresas acabam por perder o incentivo à inovação, investimento e empreendedorismo.⁷⁸ Assim, a recusa de acesso só pode ser considerada abusiva em casos excepcionais.⁷⁹

⁷⁴ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pág. 117.

⁷⁵ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pág. 117.

⁷⁶ V., Vab Rooijen, Ashwin, *ibidem*, pág. 77.

⁷⁷ V., Bordalo Junqueiro, Ricardo, *ibidem*, pág. 127-128.

⁷⁸ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pág. 119.

⁷⁹ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pág.132.

3.4. A Recusa de Venda: Caso Solvents

A razão do dever em conceder acesso a infra-estruturas encontra-se no Caso Solvents.⁸⁰ Neste acórdão, podemos encontrar uma primeira referência a uma recusa de venda que pela sua interpretação foi tida como uma possível violação do art.º 102.º do TFUE.⁸¹ A abordagem do caso tem os seguintes factos: A empresa Commercial Solvents (CS), detinha o monopólio mundial de produção e fornecimento de nitropropano e de aminobutano, da qual o Instituto Chemioterapico Italiano (ICT) era subsidiária. A empresa Zoja recebia os produtos fornecidos pela empresa CS, que os utilizava para fins de desenvolvimento dos produtos farmacêuticos. Subsequentemente, a CS, decidiu por si mesma entrar no mercado dos derivados de aminobutano, nitropropano, e o etambutol⁸², interrompendo assim o fornecimento à Zoja. Esta deixou assim de ter acesso à matéria-prima necessária para se manter no mercado concorrencial. No caso em apreço o objectivo primordial da CS passava por alargar a sua posição dominante no mercado a montante para o mercado a jusante do outrora produzido pela Zoja.⁸³ A situação na qual Zoja ficou, fez com esta denuncia-se a conduta da CS à Comissão, por considerar que tal acontecimento se traduzia num abuso de posição dominante da CS, sendo pois contrário ao art.º 102.º do TUEF.

Posteriormente, em sede de recurso e perante a jurisdição do TJ, este confirmou a decisão da comissão, tendo para o efeito proferido um acórdão que se fez assemelhar e muito à Teoria das infra-estruturas essenciais. Na interpretação do TJ, quem detém uma posição dominante no

⁸⁰ V., Acórdão de 06.03.1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão, 6/73 e 7/73, Colect. 1974, pág.119.

⁸¹ V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 4ª Edição, 2010, pág. 481.

⁸² Elemento utilizado pela Zoja no tratamento da tuberculose.

⁸³ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, Concorrência – Estudos, Almedina, 2006, pág. 53.

mercado das matérias-primas, encontra-se “*em condições de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados, não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados - em concorrência com os seus anteriores clientes - adoptar um comportamento susceptível de eliminar a concorrência*”.⁸⁴ Devido à cessação do fornecimento, o TJ interpretou que a conduta da CS iria impedir a Zoja de obter qualquer alternativa, acabando por ser eliminada do mercado jusante. Se assim fosse, a concorrência seria eliminada nesse mercado. A resposta da CS foi no sentido de que o seu comportamento se traduziu na entrada, por intermédio da sua subsidiária, no mercado das especialidades de etambutol. Ainda assim, o TJ não creditou tal justificação, pois considerou que “*não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados, adoptar um comportamento susceptível de eliminar a concorrência, o que, no caso sub judice, corresponde a eliminar um dos principais produtores de etambutol no mercado comum*”.⁸⁵

Outro dado deveras significativo, prende-se com o idêntico entendimento também exposto e defendido pelo A. G. J.-P. Warner, tendo afirmado que, “*se uma empresa dispuser de uma posição dominante no mercado de certa matéria-prima, abusará dessa posição se, sem justificação razoável, se recusar a abastecer de matéria-prima determinado utilizador*”.⁸⁶ Contudo, Warner abriu uma excepção, afirmando que, se a matéria-prima tivesse sido consequência de uma actividade desenvolvida pela CS, seria admissível um aumento do lucro, não sendo censurável a recusa de venda.⁸⁷ Posto isto, resta saber qual foi o entendimento do TJ.

⁸⁴ V., Acórdão de 06.03.1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão, 6/73 e 7/73, n.º 25.

⁸⁵ V., Acórdão de 06.03.1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão, 6/73 e 7/73, n.º 25.

⁸⁶ V., Conclusões do AG Jean-Pierre Warner apresentadas no acórdão Commercial Solvents, pág. 151.

⁸⁷ V., Conclusões do AG Warner apresentadas no acórdão Commercial Solvents, pág. 151 e 152 - «entendo, todavia, que a situação poderá ser diferente se essa matéria-prima é, em si mesma, um produto manufacturado que apenas existe graças aos esforços desenvolvidos no domínio da investigação pela empresa dominante e esta decide comercializar o produto, procurando, pelo contrário, maximizar os seus lucros, satisfazendo ela própria qualquer encomenda do produto final

Ora, há muito que a CS fornecia matérias-primas à Zoja, acabando por recusar-lhe a venda dessas mesmas matérias, única exclusivamente depois de esta passar a ser a sua concorrente directa, decorrente da integração vertical da CS. Quer isto dizer que o TJ assumiu que se tratava de um abuso de posição dominante.⁸⁸ - ⁸⁹ A CS continuava a ter a faculdade de satisfazer as suas próprias necessidades, bem como de fornecimento de matérias-primas à Zoja, logo não existir uma justificação plausível para a recusa de venda.⁹⁰

Em suma, uma situação é interpretada como Abuso de Posição Dominante, se uma recusa em contratar por parte de uma empresa tiver como desenlace a saída do mercado a jusante de um determinado cliente ou concorrente.⁹¹

3.5.A Tutela dos consumidores

Do ponto de vista do Direito e Tutela do Consumidor, está bem patente a preocupação crescente a nível Europeu, na protecção dos

ou da substância que foi referida no presente processo como sendo um «produto de valor acrescentado».

⁸⁸ Curioso é, todavia, o facto deste acórdão em nenhum momento considerar qual seria o impacto que este comportamento teria ao nível dos consumidores. A violação do art.º 102º TFUE só teve em consideração o efeito que o comportamento da CS teria para os pequenos concorrentes. V., Jones, Allison; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pág. 483.

⁸⁹ O TJ referiu-se à jurisprudência *Commercial Solvents* quando da decisão do caso *Telemarketing*, caso em que uma empresa de teledifusão Luxemburguesa que operava a televisão nacional, RTL, abusou da sua posição dominante ao recusar vender um espaço publicitário a quem não contratasse a empresa de telemarketing do grupo empresarial. Ora, tal actuação eliminaria a possibilidade de estabelecer relações comerciais negociais com outras empresas de telemarketing. Perante esta situação, o TJ entendeu que a jurisprudência *Commercial Solvents* também era aplicável quando uma empresa detém uma posição dominante num mercado de um serviço que é indispensável para as actividades de outra empresa noutro mercado. O TJ considerou que tal situação era equivalente a uma recusa de fornecimento dos serviços da empresa a outra empresa qualquer de telemarketing, o que terá o provável efeito de eliminar toda a concorrência no mercado relevante. V., Acórdão do TJ, de 03.10.1985, Proc C-311/84 – *Centre belge d'études de marche – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicite Benelux (IPB)*, Col 1985, pág. 3261.

⁹⁰ V., Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford University Press, 1998, pág. 195.

⁹¹ V., Anderman, Steven D., *ibidem*, 196.

mesmos.⁹² O que decorre, deste facto, é a procura por parte da AdC de uma estabilidade das necessidades e interesses das empresas, fazendo com que o objectivo primordial seja cumprido, ou seja, que os interesses dos consumidores⁹³ sejam acautelados. Nos dias que decorrem, é notória uma necessidade superior de fiscalização pelas AdC, em circunstâncias tais que possam causar algum desequilíbrio no processo produtivo.⁹⁴

A inexistência de uma definição de posição dominante no Tratado de Lisboa dominante, bem como a sua proibição expressa no antigo art.º 82.º do CE, são factos já conhecidos e apresentados. Este, foi inicialmente pouco aplicado em comparação com o art.º 81.º do CE.

Explorando o Memorando da CE de 1965, *“existe exploração abusiva de uma posição dominante quando o titular dessa posição utiliza as possibilidades que dela decorrem para auferir vantagens que não obteria numa situação de concorrência praticável e suficientemente eficaz”*. Assim, segundo a Jurisprudência Europeia é possível definir “posição dominante” como um *“poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos seus consumidores.”*⁹⁵

No elenco do TFUE, o actual art.º 102.º refere, de uma forma não extenuante, algumas práticas abusivas.⁹⁶ Dentro dos vários tipos de abuso, são identificáveis as cláusulas de subordinação, a compressão de margens,

⁹² “Com efeito, estas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar da união.” Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-52/09 Telia Sonera Sverige, 2010, na pág. n.º(s) 20-22.

⁹³ Segundo as orientações da Comissão, sobre o art.º 101.º do TFUE, o conceito de consumidores engloba “todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais” no entanto, a legislação de protecção dos consumidores identifica como consumidores, “a pessoa singular que atua fora do comércio ou da sua profissão, ou seja, será o adquirente de bens ou serviços para utilização particular”, neste sentido vide Pais, Sofia Oliveira, “O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume I, Almedina, 2011, pág. 620.

⁹⁴ Como por exemplo os preços predatórios.

⁹⁵ Acórdão United Brands do Tribunal de Justiça, processo 27/76 de 14/02/1978.

⁹⁶ Gomes, José Caramelo, Lições de Direito da Concorrência, 1ª edição, Almedina, 2010, pág.169.

os preços predatórios e a recusa de fornecimento.⁹⁷ Além disto, são necessárias, de modo a aplicar o art.º 102.º do TFUE: a existência de uma posição dominante o abuso dessa mesma posição e a afectação do comércio entre os Estados-Membros.⁹⁸

3.5.1.Via Indutiva e dedutiva

De acordo com Miguel Moura e Silva⁹⁹, existem duas possíveis formas de interpretação do conceito. Esta interpretação teria por base duas vias, uma indutiva e uma dedutiva. Aquela procura o conceito de abuso nos exemplos indicados nas alíneas do art.º 102.º. Tal procura tem por base a legitimação da proibição das práticas ditas abusivas. Deve também ter em conta os códigos éticos que devem dirigir todas as relações independentemente da propensão natural. Tal ideia, não é bem acolhida pelas instituições da UE. Todavia, não existem referências expressas relativas a conceitos de índole ético ou morais, pelo menos no acórdão

⁹⁷ Pais, Sofia Oliveira, Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu, Universidade Católica, 2011, pág.494 e ss.

⁹⁸ Gorjão-Henriques, Miguel, Direito Comunitário. Almedina, 5ª edição, 2008, pág. 572.

⁹⁹ Moura e Silva, Miguel, Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial, 1ªed., Almedina, 2008, pág. 663. Ainda neste sentido, o mesmo autor admite que na qualificação da conduta deve-se ter em conta outras variáveis como o contexto em que a empresa está inserida, cf. Silva, Miguel Moura e, “Recusa de acesso a infra-estruturas essenciais”, in Revista de Regulação e Concorrência, Ano I, Número I, Janeiro e Março 2010, pág. 277.

Hoffmann-La Roche do TJ, tal facto ficou bem evidente.¹⁰⁰

Em contrapartida, a via dedutiva procura determinar uma noção de exploração abusiva, apoiada em valores que devem esclarecer a conduta competitiva. Digamos que esta via tem uma vertente ética, bem vincada. Existe uma necessidade de encontrar um equilíbrio de interesses no mercado concorrencial. Apesar do Direito e a Moral constituírem duas realidades ligadas, são avaliadas de forma distinta. Temos o exemplo mais claro desta situação, o caso em que o Direito acompanha a Moral, quando proíbe práticas abusivas por afectarem o normal funcionamento do mercado concorrencial, *“o que está em causa é mais o dano social que a defesa dos valores éticos por si mesmo.”*¹⁰¹ Vamos por partes, o dano social tem lugar quando a concorrência é falseada, podendo constituir um prejuízo para os consumidores, a longo prazo.¹⁰² Bem assim, qual será o objectivo? O objectivo¹⁰³ da proibição de tal prática assenta primordialmente na protecção dos consumidores, ao invés de residir no facto do legislador impor uma vontade em assegurar a manutenção da concorrência.

Por fim, mas não menos relevante, podemos confrontar, para o devido entendimento da noção de abuso, duas teorias: a doutrina de Mestmäcker e a doutrina de Joilet. Esta destaca que o abuso reúne as

¹⁰⁰ O Acórdão em estudo, definia o conceito de abuso. Tribunal de Justiça de 13.2.1979, Proc. 85/76, Hoffmann-La Roche c. Comissão das Comunidades Europeias, colect. 1979-I, pág. 217. O conceito de abuso é um conceito objectivo que se reporta ao comportamento de uma empresa em posição dominante que é de tal natureza que influencia a estrutura do mercado quando, em resultado da própria presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, pelo recurso a meios diferentes daqueles em que assenta a concorrência normal em produtos ou serviços na base de transacções entre operadores comerciais, tem por efeito impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.”

¹⁰¹ Machado, J. Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 17ª reimpressão, Almedina, 2008, pág. 61.

¹⁰² Apesar da protecção dos consumidores ser um dos objectivos do DEC, o facto é que a Doutrina tem criticado a escassa referência aos conceitos de consumer detriment/benefit na legislação europeia, cf. WHELAN Peter and Philip Marsden “Consumer detriment and its application in EC and UK Competition Law”, in European law review, 2006, pág. 571-572.

¹⁰³ JOILET, R., “Monopolisation et abus de position dominante”, in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1969, pág. 682.

condutas empresariais que, de certo modo, se materializem num prejuízo, com vista prejudicar os consumidores. Aquela, exerce duas funções, proíbe igualmente as condutas empresariais que causem prejuízo aos consumidores, bem como tudo quanto possa prejudicar a estrutura¹⁰⁴ concorrencial empresarial.

Ao nível Europeu, podemos aferir algumas diferenças, no concerne à Sherman Act, Section 2, em relação ao conceito de abuso. Para que nesta matéria fique claro, no Direito Norte-Americano existe uma proibição efectiva da obtenção do poder dominante¹⁰⁵, ao invés do Europeu, que proíbe o reforço dessa posição.

¹⁰⁴ Pais, Sofia Oliveira, Entre inovação e concorrência - Em defesa de um modelo Europeu, Universidade Católica, 2011. pág. 474-476.

¹⁰⁵ A legislação norte-americana também exige a existência de um nexo de causalidade entre a conduta e o poder de mercado. O Direito Comunitário Europeu exige, ainda, a proibição simultânea de práticas de exploração e de exclusão abusivas ao passo que, a Sherman Act proíbe, apenas, as práticas de exploração abusivas.

Capítulo IV

Análise Casuística

4.1. Caso Google

Em mãos temos um caso que, embora recente, merece toda atenção, por se tratar precisamente da maior potência tecnológica mundial. Pois bem, pela sequência dos factos, temos de volver a Abril de 2015.

A CdUE enfrentou um dos maiores, senão o maior caso enfrentado pela mesma, mesmo após das multas de 1.700 milhões de euros cobrados à Microsoft. Um pouco por toda a imprensa, o assunto foi debatido, tendo sido a partir de Bruxelas a chegada dos primeiros contornos. A Comissária Europeia Margrethe Vestager enquanto responsável pela pasta da concorrência, formalizou um processo de acusação contra a Google, após 19 queixas por abuso de posição dominante. Este processo resultou em elevadas multas para a tecnológica Google o que por conseguinte, pode provocar imensas modificações no motor de busca.

Segundo o Financial Times, o Google camuflou os seus serviços dos seus rivais, de modo a privilegiar os seus, tendo incidido sobre este facto a acusação inicial. Houve uma preocupação da Google para com os seus trabalhadores¹⁰⁶, o que motivou uma preparação dos mesmos face à acusação de Bruxelas, de modo a preparar a defesa¹⁰⁷.

Esta acusação surge, após quatro anos¹⁰⁸ de investigação por parte da CdUE, tendo como principal objectivo provar o abuso da posição

¹⁰⁶ "Temos um caso muito forte, com argumentos especialmente bons quando invocamos os serviços prestados aos consumidores e aumento da concorrência": email enviado pela companhia a trabalhadores. A acusação de Bruxelas é "decepcionante, especialmente para a equipa do motor de pesquisa, que ao longo dos últimos 16 anos trabalhou tanto para criar uma grande experiência aos nossos utilizadores"

¹⁰⁷ Sendo o prazo de 3 meses para o efeito.

¹⁰⁸ A investigação à Google teve início em 2010. Actualmente, a tecnológica é responsável por 90% das pesquisas na Europa, uma quota mais elevada do que nos Estados Unidos com 75%.

dominante da Empresa, bem como reduzir o domínio da mesma na Internet.

Existiu no ano transacto, a hipótese de se chegar a acordo entre Bruxelas e o Google. Contudo, a forte oposição dos ministros Alemão e Francês, bem como das mais variadas empresas da media Europeia, fez com que ficasse sem efeito. As empresas norte-americanas foram as mais incidentes neste caso, dando força à acusação da CdUE. As que reuniram mais esforços forma: Microsoft, Yelp, Expedia, TripAdvisor e Nórdia. Estas afirmaram que a Google, colocou - para os seus próprios serviços - publicidade paga no topo dos resultados. Sendo que, abaixo ficavam os resultados das empresas acima mencionadas. Ora, este sistema naturalmente prejudicou as mesmas, uma vez que os internautas não desciam, nem passavam para outra página.

Do ponto de vista indemnizatório, a previsão são de 6000 milhões¹⁰⁹ de Euros, o que equivale a 10% das suas receitas anuais. Isto claro está, se houver condenação. Contudo, foi colocada a hipótese da Google separar a unidade de pesquisa das funções comerciais. Neste sentido, foi também aprovado pelo Parlamento Europeu, uma moção cujo objecto, designa uma regulação mais dura, no que respeita às buscas na Internet, bem o fraccionamento da Google em várias empresas. Porém, uma vez que Estrasburgo, não tem poder para tal, pediu à CdUE, apoio neste sentido. O objectivo é prevenir todo e qualquer abuso, por "operadores de motores de busca", considerando as propostas para efeito comercial, ou seja, separar motores de busca.

¹⁰⁹ Valor que poderia superar as multas de 2,2 mil milhões de euros aplicadas a outra tecnológica norte-americana, a Microsoft.

A par desta acusação, Bruxelas conduziu uma investigação sobre a conduta da Google relativamente ao sistema operativo Android para tablets e telemóveis. Esta acusação foi motivada pelo facto dos smartphones, tablets, entre outros dispositivos, desempenharem um papel de relevo na rotina da maioria dos seres humanos, pelo que todos os mercados devem poder ter o mesmo direito de manifestação no mercado, de crescimento, sem restrições antitrust.

Findos cinco anos de investigação, Bruxelas acusou a Google de um abuso de posição dominante.¹¹⁰ A CdUE deu por assente que aquela, teria abusado da sua posição privilegiada, cuja quota de mercado foi de 90%, sob os serviços de busca na Internet na UE. O parecer que esteve na origem denota a prioridade que a Google deu infindáveis vezes aos seus “serviços de comparação de preços nas páginas de resultados de pesquisa geral. Assim, foi possível constatar um constante favorecimento dos seus serviços, que violou claramente, as regras da UE, no concerne a matéria Anti-trust, o que termina por asfixiar o mercado, pois deixa de existir livre concorrência, passando por conseguinte a prejudicar os consumidores.

No meu ponto de vista, o mais preocupante é o facto de a empresa ter concedido uma vantagem digamos que injusta ao seu próprio serviço comparador de preços, culminando numa violação das regras da UE.

A primeira reacção da Google, foi no sentido da resposta da chamada de comunicação de objecções. A resposta do Vice-Presidente, Amit Singhal - Unidade pesquisa da Google - “qualquer economista diria que tipicamente não vemos muita inovação, novos concorrentes ou investimento em sector onde a competição está a estagnar ou é dominada por um jogador. Mas é

¹¹⁰ Bruxelas tem outros processos abertos relativamente à tecnológica norte-americana. Estas investigações incluem o tratamento favorável dado pela Google nos resultados de busca geral, a outros serviços de pesquisa especializados. A Comissão revela também estar preocupada no que respeita à cópia de conteúdos de internet de concorrentes (comportamento conhecido por "scrapping"), bem como à exclusividade da publicidade e a restrições indevidas a anunciantes.

exactamente isso que está a acontecer no nosso mundo". A segunda contestação da Google, surge no sentido de lembrar que é o motor de busca mais usado e que as pessoas nos dias de hoje, podem encontrar e aceder a informação das mais diversas formas, sem que os consumidores e as empresas, sejam prejudicados. Na sua defesa, a tecnológica contou com o eBay, que em comunicado pelo presidente Executivo John Danahoe, alega que há cada vez menos barreiras no comércio feito pela Internet. Referem também que são fortes adversários da Google.

Na Rússia, o Tribunal Arbitral de Moscovo rejeitou o recurso da Google, terminando por confirmar assim, a quebra das leis anti monopólio da Rússia.

O FAS, regulador das comunicações na Rússia, solicitou que os utilizadores fizessem uma pré-instalação de algumas aplicações da marca em aparelhos Android, sistema operativo desenvolvido pela Google, pelo que esta, de celebrar novos contractos com as fabricantes de telemóveis inteligentes e pagar uma multa cujo valor não foi revelado.

4.2. Considerações finais

Ao longo do estudo do caso sub júdice, foram muitas as questões levantadas, contudo parece-nos pertinente avaliar de uma forma crua e mais realista os efeitos do mesmo. Posto isto, surgem as seguintes curiosidades:

1. A Apple detém posição dominante sobre a iOS, bem como a Microsoft no Windows?

É importante reter que não se trata de uma detenção de monopólios ou de posição dominante, mas sim sobre o abuso dessa posição, que no caso em apreço, impede os fabricantes de negociar e instalar determinados serviços concorrentes da Google. Quer isto dizer, que a Google interferiu na

capacidade das empresas concorrentes realizarem negócios com os fabricantes, sujeitos ao monopólio da Google, ainda que noutra área. Este é o mesmo princípio que norteou a condenação da Microsoft, há mais de 10 anos, claro está por abuso.

2. E a questão do open source?

Existe uma versão open source do Android, todavia é a versão oficial que alicia os fabricantes a usar a loja Google. O que sucede é que os fabricantes estão sujeitos a restrições relativas ao uso dos serviços de empresas concorrentes (que não concorrem com Android). Ora, foi precisamente esta intromissão na relação entre as empresas, que levou à constituição e alegação de abuso. Sendo a Apple fabricante exclusiva da iOS, não necessita de “autorização” de nenhuma entidade. Assistimos a uma propaganda por parte dos utilizadores Android a uma liberdade do sistema, que não parece fazer grande sentido.

Em suma, apesar dos consumidores terem a opção de escolha, muitas das vezes esta é forçada por via das regras que as entidades reguladoras impõem às empresas.

Conclusão

Com a entrada em vigor do primeiro dispositivo legal de defesa e protecção das regras da concorrência, somos levados a fazer uma profunda reflexão respeitante a esta disciplina jurídica, no panorama Português.

O ano de 1976 assinala a entrada de Portugal à CE, data em que os valores concorrenciais, não eram pautados por confiança face à economia de mercado. Como vimos, esse passo só foi concedido recentemente, tendo a Concorrência se assumido como protagonista, ao ser inserida no modelo de defesa da UE.

Posto isto, a primeira conclusão retirada prende-se com a necessidade efectiva de uma concorrência eficaz para o alcance do bem-estar geral. A partir do momento que a AdC entra em efectividade de funções, a concorrência ganha uma projecção e colocação no mapa económico Português.

Com a entrada em vigor da Lei 18/2003, de 11 de Junho, a praxis concorrencial desvendou a dura realidade da qual a Economia estava a ser vítima. Falhas sucessivas, por conta da inoperância de actuação por parte da AdC, poderes de investigação esta altamente diminuídos e o mais relevante, uma tremenda falta de rigor na Administração, desembocando numa violação dos direitos e garantias dos consumidores. Aliado a tudo isto, temos também a inexistência de um regime indemnizatório relativamente às infracções concorrenciais. Claro está, que caso houvesse, seria um ponto motivador para o não cometimento de infracções por parte das empresas.

Posteriormente, com a última alteração normativa, datada de DL n.º 19/2012, 8 de Maio, presenciamos a uma ruptura com o passado, o que nos pareceu muito acertada, por parte do legislador, face às lacunas do passado. Algumas persistem, mas em grande parte houve um salto positivo. Em todo o caso, as alterações legislativas abordados ao longo desta tese permite-nos

também concluir que a AdC ganhou uma margem de liberdade de apreciação quer no âmbito de investigação, como nos meios a serem utilizados. Consequentemente a AdC, reforçou a sua transparência na detecção de violações, bem da gravidade inerente às mesmas.

Porém, observamos ao desenvolvimento de pontos positivos, como a equidade, eficiência processual e celeridade.

No que concerne à análise propriamente dita da infracção, abuso de posição dominante, temos as seguintes reflexões: O Mercado relevante determina em grande parte a existência de uma posição dominante. O que é proibido não é a condição, antes o abuso dessa mesma condição. Essa condição de posição só tem lugar quando uma ou mais empresas detêm o poder de domínio sobre o mercado por forma a eliminar a concorrência. O abuso é tido como uma conduta específica, isolada e independente, sendo por norma objecto de uma proibição absoluta, isto é, exploração abusiva. Relativamente a normas a reter, temos o art.º 102.º do TFUE, que só se aplica se o abuso constituir um efeito directo entre os Estados-Membros negativo e por outro lado se uma empresa detiver pelo menos numa parte substancial do mercado, uma posição dominante. Se estes requisitos não estiverem preenchidos, fica por terra a legislação Europeia, aplicando-se o art.º 11.º da lei 19/2012, 8 de Maio.

A análise casuística proporcionou uma visão alargada sobre a necessidade de regulação específica para os casos de abuso, bem como para a Responsabilidade das empresas que incorram em tal infracção que ainda aufere mais escrutinamento.

Consideramos que, o essencial será presumir a linha ténue que separa a diminuição da concorrência, bem assim os seus efeitos tendencialmente nefastos para o mercado.

Constatamos portanto, que existiu uma evolução no normativo legal Concorrencial Português, decorrente da mutação legal que veio colmatar

lacunas passadas. A inovação a que esta disciplina está sujeita e é propícia não tem limites e se a sua razão se encontra no contexto microeconómico há que potenciar o mesmo. Deste modo, não se deve deixar esmorecer os valores concorrenciais, bem assim os axiomas constituídos, em virtude da sombra económica que pairou sob Portugal, outrora.

Bibliografia Citada

Monografias:

Anderman, Steven D., EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation, Oxford University Press, 1998, pág. 195.

Carolina Cunha, Miguel Gorjão Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (2013), “Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense”, Almedina.

Campos, João Mota de; Campos, João Luíz Mota de, (2007), Manual de Direito Comunitário, 5ª edição.

Cordeiro, António Menezes, Albuquerque, Rui de (2005) “Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência”, Almedina.

Fernando, José Paulo, Pego, Mariana (2001), “A posição Dominante Relativa do Direito da Concorrência”, Almedina.

Ferro, Miguel Sousa (2015) “A definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência”, Almedina.

Freire, Paula Vaz, A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, nº1-2, 2008, pág. 126-127.

Góis, Manuela; Pais, Maria João; Cabrito, Belmiro Gil, (1999), Introdução à economia, Texto Editora, Lisboa.

Gomes, José Caramelo, Lições de Direito da Concorrência, 1ªed., Almedina, 2010, pág.169.

Gorjão-Henriques, Miguel, Direito Comunitário. Almedina, 5ª edição, 2008, pág. 572.

Gorjão Henriques, Miguel, Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, pág. 689 e 690, Almedina, 2010.

Jones, Allison; Sufrin, Brenda, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 4ª Edição, 2010, pág. 481.

Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abuso de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, pág. 59-63.

Landes, W.M. e Posner, R.A., "Market Power in Antitrust Cases", Harvard Law Review (94), 1981.

Laranjeira, A.; Veiga, F.(2013), “Aspectos da Posição Dominante correlatos ao abuso de actos anticoncorrenciais no mercado Europeu”, Ano 2, n.º8, 8859-8890.

Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, Concorrência – Estudos, Almedina, 2006, pág. 53.

Machado, J. Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 17ª reimpressão, Almedina, 2008, pág.61.

Marques, Alfredo; colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina 2006, 258-259.

Marques, Maria Manuel Leitão, Soares, António Goucha (2006), Concorrência - Estudos, Almedina.

Morais, Luís Dom. Silva (2009) “Direito da Concorrência e perspectivas do seu ensino”, Almedina.

Pais, Sofia Oliveira, Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu, Universidade Católica, 2011, pág. 494 e ss.

Silva, Miguel Moura e, “As práticas restritivas da concorrência na lei n.º 19/2012 - novos desenvolvimentos”, pág.4.

Santana, Carlos Alberto Caboz (1993), O abuso de posição dominante no Direito da Concorrência, edições Cosmos.

Santos, António Carlos, Gonçalves, Maria Eduarda e Marques, Maria Manuel Leitão, (2008), Direito Económico 5ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra.

Silva, Miguel Moura e, (2008), Direito da Concorrência. Uma introdução Jurisprudencial, Coimbra, Almedina.

Vab Rooijen, Ashwin, The role of investments in refusals to deal in World Competition: Law and Economics Review, v.31, n.º 1, 2008, pág. 63. 8 V.

Vaz, Manuel Afonso (1998) Direito Económico, Coimbra Editora, 4ª edição.

Jurisprudência

- ACÓRDÃO DE 14.2.1978 — PROCESSO 27/76 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 14 de Fevereiro de 1978 * 1 No processo 27/76.

- Acórdão do TJ, DE 14702/1978, Proc.27/26 United Brands/Comissão, Col.1978, 77.
- Acórdão do TJ de 13.2.1979, Proc. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias, Colect. 1979-I, n.º 91.
- Acórdão de 06.03.1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão, 6/73 e 7/73, Colect. 1974, pág. 119.
- Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-52/09 Telia Sonera Sverige, 2010, na pág. 20-22.
- Acórdão do Tribunal de Justiça 21 de Fevereiro de 1973* No processo 6/72: EUROPEMBALLAGE E CONTINENTAL CAN/COMISSÃO.
- Sentença do Tribunal do comércio de Lisboa, Portugal Telecom, 2º juízo, de 2 de Março de 2010, proc. 1065/07.0TYLSB.

Documentos legislativos

Lei n.º 18/2003, de 11 de junho

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

Decreto-lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro

Decreto-lei n.º 371/93 de 29 de Outubro

Artigos Nacionais e Estrangeiros

- Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997 pág. 0005 – 0013.
- Disposição que se limita a traduzir o §19 (4) 4 da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, introduzida pela sexta Novelle em 1998.
- OFT Assessment of market power, 2004, pág. 43.
- OILET, R., “Monopolisation et abus de position dominante”, in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1969, pág. 682

Webgrafia

http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

http://www.concorrenca.pt/vpt/a_adc/legislacao/documents/nacional/lei_da_concorrenca_18_2003.pdf

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Antiga_lei_da_concorrenca_DL_371_93.pdf

<https://dre.tretas.org/dre/14880/>

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrenca.pdf

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd7cc4ca90b54e41709d54fe5477014365.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPahb0?text=&docid=88341&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=28982>

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddaa1da852e7104166b47e85d87563f78b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSanj0?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=26803>

<https://www.publico.pt/tecnologia/noticia/bruxelas-acusa-google-de-abuso-de-posicao-dominante-1729598?frm=ult>

http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/tecnologias/detalhe/comissao_europeia_vai_investigar_google.html

<https://www.dinheirovivo.pt/empresas/posicao-dominante-google-responde-a-comissao-europeia/>

Teses de Doutoramento

- MOURA E SILVA, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.
- CUNHA RODRIGUES, NUNO, A contratação Pública como Instrumento de Política Económica.

Índice

Introdução	1
Análise do novo regime da concorrência, como novo mecanismo de combate às falhas e erros do passado	3
1.1. Normativo Português	3
1.1.1. A Autoridade da Concorrência	3
1.1.2. Panorama Legal Português	5
1.1.3. Quais as Sanções admissíveis?	7
1.1.4. Directrizes Nacionais da Autoridade da Concorrência	8
1.2. No contexto da União Europeia	8
1.2.1. A origem da Protecção Legal ao abuso da posição dominante	8
1.3. Origem do conceito: Posição Dominante	9
O estudo do abuso da posição dominante enquanto prática Anticoncorrencial singular	15
2.1. Âmbito	15
2.2. Origem do Conceito de Mercado Relevante	16
2.2.1. Critérios decisivos no Mercado Comum	17
2.2.2. Noção de Mercado Relevante	20
2.3. O abuso da posição dominante	21
2.3.1. Quando estamos diante de uma Posição Dominante?	22
2.3.2. Posição Dominante Singular/ Individual	25
2.3.3. Vantagem Competitiva da Empresa Dominante	29
2.4. Tipos de abuso de posição dominante	30
2.4.1. Abusos de exploração	30

2.4.2. Abusos de exclusão.....	31
Responsabilidade especial da empresa em posição dominante.....	35
3.1. Práticas de Abuso por exclusão	35
3.2. Responsabilidade especial	37
3.3. Direito Norte-Americano VS Direito Europeu	38
3.4. A Recusa de Venda: Caso Solvents	42
3.5. A Tutela dos consumidores	44
3.5.1. Via Indutiva e dedutiva	46
Análise Casuística	49
4.1. Caso Google	49
4.2. Considerações finais.....	52
Conclusão	55
Bibliografia Citada	59